Die persönlichen Strafausschließungsgründe

nach geltendem Recht und nach dem neuesten Entwurfe.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Rudolf Rummel

aus Würzburg

Approbiert am 4. Januar 1937

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1938

Referent: Univ.-Prof. Dr. Köhler.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1922.
v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II. 1907.
Beling: Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage 1930.
— Die Lehre vom Verbrechen 1906.
— Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität.
— Die Lehre vom Tatbestand 1930.
Binding: Die Normen und ihre Uebertretung, Band I, 1890.
Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht 1898.
Büning: Die persönlichen Strafausschließungsgründe; iur. Diss. 1932.
Deutsche Juristenzeitung.
zu Dohna: Das Strafprozeßrecht 1929.
Finger: Strafrecht 1932.
Förster: Die Einstellung des Verfahrens im Strafprozeß, iur. Diss. 1923.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
— Ueber den Aufbau des Schuldbegriffes. Beitrag zur Festschrift für die Univ. Gießen 1907.
Freiesleben, Kirchner, Niethammer: Strafgesetzbuch 1936.
Freisenberger: Strafprozeßordnung.
Freisler: Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht; über die Grundzüge eines allgem.. Deutschen Strafrechts 1934.
Freudenthal: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht 1922.
v. Freytagh-Loringhoven: Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit.
Gerland: Der deutsche Strafprozeß 1927.
Gürtner: Das kommende Deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil 1935.
— Das kommende Deutsche Strafrecht. Besonderer Teil 1935.
Henkel: Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht 1932.
v. Hippel: Lehrbuch des Strafrechts 1932.
— Deutsches Strafrecht 1930.
Juristische Wochenschrift.
Köhler: Deutsches Strafrecht 1917.
Kohlrausch: Strafgesetzbuch.
v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1909.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1932.
Lobe: Einführung in den allgem. Teil des Strafgesetzbuches 1933.
Loewe-Rosenberg: Strafprozeßordnung.
Mayer M. E.: Der Allgem. Teil des Deutschen Strafgesetzbuches Bd. II. 1923.
Meyer M.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes 1907.
Mezger: Strafrecht 1933.
Olshausen: Kommentar zum Reichs-Strafgesetzbuch.
RG.: Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen.
Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts 1921.
Schmitt C.: Verfassungslehre.
Schwartz E.: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Schwarz O.: Strafprozeßordnung.
Staudinger: Kommentar zum BGB.
Stenglein: Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches.
Troitzsch W.: Rechtspflege und Immunität des Abgeordneten.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1914.

Die persönlichen Strafausschließungsgründe
nach geltendem Recht und nach dem neuesten Entwurfe.

I. Teil.

Das geltende Recht.

A. Einführung in das Gebiet der persönlichen Strafausschließungsgründe.

Schon bei äußerer Betrachtung zerfällt jedes Strafgesetz in zwei Abschnitte. Es bestimmt zunächst abstrakt, was zu tun oder zu unterlassen ist, und droht dann für den Fall des Zuwiderhandelns Strafe an; kurz gesagt, das Strafgesetz zerfällt in

Tatbestand und Strafandrohung.

Binding wählt die gleichbedeutende Einteilung in Norm und Strafdrohung. Diese, vom Gesetzgeber normierten Verbrechen (hier Verbrechen im weiteren Sinne, nicht im Sinne des § 1 StGB) ergeben in ihrer Fülle das Strafgesetzbuch und weichen natürlich mehr oder weniger von einander ab. Die Wissenschaft hat sich bemüht, einen dieser Mannigfaltigkeit zugrunde liegenden, abstrakten Verbrechensbegriff zu gewinnen. Sie bildete aus der Fülle der Ansichten im Laufe der Zeit die heute in überwiegender Mehrheit anerkannte Definition des Verbrechens als ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten (ein Tun oder Unterlassen) heraus. Beling war diese Definition zu eng und nicht alle Möglichkeiten erfassend. Nach ihm gehört zu den juristischen Merkmalen des Verbrechens (Strafbarkeitsbedingungen) neben:

1. der Handlung als einem bewußten, gewollten, körperlichen Verhalten,
2. der Typizität = Tatbestandsmäßigkeit,
3. der Rechtswidrigkeit,
4. der Schuld

noch, daß

5. das Verbrechen einer passenden Strafdrohung unterfällt und
6. das Verbrechen den Strafdrohungsbedingungen genügt [1]).

Damit überhaupt ein Verbrechen vorliegt, muß als erstes eine menschliche Handlung (Tun oder Lassen) gegeben sein. (Gedanken sind zollfrei.) Nur eine menschliche Willensbetätigung ist strafrechtlich beachtlich. (Im Gegensatz zu einem durch juristische Personen, Tiere, Naturereignisse bewirkten Erfolg.) Betätigungen, die im Schlaf oder in der Hypnose ausgeführt werden oder die unwillkürlich (Reflexbewegungen)

1) In der Literatur werden die Strafdrohungsbedingungen häufig als objektive oder äußere Bedingungen der Strafbarkeit bezeichnet.

oder physisch erzwungen sind, stellen keine Handlungen im strafrechtlichen Sinne dar.

Eine rechtlich beachtliche Willensbetätigung muß ferner tatbestandsmäßig sein, d. h. sie muß sich in die vom Gesetzgeber aufgestellte strafrechtliche Type einreihen lassen. Nur die vom Gesetzgeber fest umrissenen Verbrechenshandlungen erachtet der Staat für strafwürdig. Dem steht auch nicht der neue Grundsatz: „nullum crimen sine poena“ und das daraus gefolgerte Recht der Analogie des § 2 StGB im Wege. Nur von einem strafrechtlichen Tatbestand als Grundlage aus kann analog geschlossen werden. Neues Recht darf der Richter niemals schaffen, und am gesetzlichen Tatbestand hat die Analogie ihre Grenzen [2]).

Neben der Tatbestandsmäßigkeit gehört zum Begriff des Verbrechens die Rechtswidrigkeit des Verhaltens. Was nicht rechtswidrig ist, interessiert das Strafgesetz nicht. Begrifflich rechtswidrig ist alles, was contra ius ist, also was objektiv mit der Rechtsordnung des Staates in Widerspruch steht.

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ist das wichtigste objektive Merkmal des Verbrechens und ist ausnahmslos allgemeine Voraussetzung der Strafbarkeit. Dies ist teils ausdrücklich im Gesetz festgelegt (StGB §§ 123, 127), teils als selbstverständlich stillschweigend vorausgesetzt (StGB §§ 211, 223). Die Auffassungen darüber, ob und wie weit menschliches Verhalten rechtswidrig ist, sind sehr geteilt. Nach einer Ansicht handelt rechtswidrig nur, wer gegen geschriebenes Gesetz verstößt [3]). Nach anderer Auffassung ist auch das ungeschriebene Recht Maßstab der Rechtswidrigkeit. In diese Meinungsverschiedenheit brachte die neue Rechtsauffassung des nationalsozialistischen Staates eine Klärung. Wohl steht diese Rechtsauffassung auch heute noch auf dem Standpunkt, daß rechtswidrig nur der handelt, der gegen das Recht handelt. Aber Recht ist nicht mehr allein das gesetzte Recht, sondern das Rechtsbewußtsein des Volkes überhaupt. Vom Standpunkt der neuen Rechtsauffassung aus kann durch Gesetzes- und Rechtsanalogie neues Recht abgeleitet werden [4]). Nach Freisler [4a]) scheint eine Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie nicht angebracht. Es handle sich um eine rein äußerliche Unterscheidung, die praktisch unbrauchbar sei. Wenn man einen Rechtsgedanken nehme und daraus eine Strafrechtsnorm ableite, dann sei das sicher ebenso gut, wie wenn man lediglich eine schon gesetzte Strafrechtsnorm nehme und daraus irgend einen Rechtsgedanken ableiten wolle. Auch ein Verstoß gegen solches auf dem Wege der zulässigen Analogie gebildetes Recht begründet Rechtswidrigkeit einer Willensbetätigung.

Steht Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit fest, so ist weiterhin zu prüfen, ob die Tat schuldhaft geschehen ist. Zur Strafbarkeit ist die Rechtswidrigkeit zwar unbedingt erforderlich, aber nicht ausreichend. Keine Strafe ohne Verschulden des Täters. Mittels des Werturteils: eine Handlung

2) Der Ausdruck „Tatbestand“ ist ein in der Wissenschaft verschieden aufgefaßter Begriff. Beling bezeichnet als gesetzlichen Tatbestand nur das tatsächliche Geschehen ohne Wertung der Schuld und Rechtswidrigkeit. (sonach die Gesamtheit der Merkmale, die erkennen lassen, um welches Verbrechen es sich typisch handelt.) Eine andere Meinung stellt dem gesetzlichen Tatbestand (als abstrakte Typisierung) den Verbrechenstatbestand gegenüber, worunter die Gesamtheit der rechtserheblichen Elemente des konkreten äußeren Geschehens verstanden wird.

3) Z. B. Allfeld, Lehrbuch S. 120: Immer aber ist ein Verhalten, mag es noch so wenig den beachtenswerten Interessen entsprechen, noch so sehr dem geordneten Zusammenleben Eintrag tun, rechtswidrig erst dann, wenn es mit einer staatlichen Norm in Widerspruch steht.

4) Diese heute gültige Regelung wurde schon lange von Beling in: Die Lehre vom Verbrechen S. 27. (1906) als ein brennendes Bedürfnis des alten Rechts erkannt.

4a) Freisler, Denkschrift S. 42.

sei „rechtswidrig“, wird nur deren äußere Seite als Widerspruch mit der Rechtsordnung charakterisiert. Die Schuld dagegen ist die innere Beziehung zwischen Tat und Täter. Das Urteil, jemand habe schuldhaft gehandelt, drückt ein Werturteil über die innere Seite der Handlung aus. Wenn die Strafe die Vergeltung des Staates für den Bruch des Rechtsfriedens und für geschehenes Unrecht sein soll, so muß als Voraussetzung dafür gefordert werden, daß dem Täter aus der Tat ein Vorwurf gemacht werden kann; was aber nur dann der Fall ist, wenn seine innere Einstellung zur Tat zu mißbilligen ist.

Eine weitere Bedingung in der Beling'schen Reihe der Verbrechensmerkmale ist das Vorhandensein einer passenden Strafdrohung. Diese Bedingung ist nur dann von Bedeutung, wenn die strafgesetzliche Bestimmung nicht sämtliche Schuldformen (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) umfaßt, oder wenn das Gesetz noch eine besondere zusätzliche psychische Einstellung des Täters zur Tat verlangt (Absicht). An zwei Beispielen sei dies erläutert. Die fahrlässige Sachbeschädigung ist wie die vorsätzliche eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte Handlung. § 303 StGB bedroht aber nur die vorsätzliche Sachbeschädigung mit Strafe. Bei fahrlässiger Beschädigung einer fremden Sache erachtet der Gesetzgeber die Tat nicht für strafwert, er überläßt es hier allein dem bürgerlichen Recht, Art und Maß der Wiedergutmachung zu bestimmen. (§ 823 BGB). Wer eine fremde, bewegliche Sache wegnimmt, um diese vorübergehend zu gebrauchen (furtum usus), begeht eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte Handlung, aber keinen Diebstahl. Erst die Absicht der rechtswidrigen Zueignung macht den Täter zum Dieb.

Regelmäßig ist die Begehung des Verbrechens die einzige Voraussetzung für die Entstehung des Strafanspruches. Doch ausnahmsweise setzt der Gesetzgeber noch weitere Umstände voraus, von deren Erfüllung er die Strafbarkeit der Tat abhängig macht. Beling bezeichnet diese mit Strafdrohungsbedingungen, während sie in der Literatur häufig objektive Strafbarkeitsbedingungen (oder äußere Strafbarkeitsbedingungen)[5]) genannt werden. Es sind dies Momente, welche die Strafbarkeit eines Vorganges bedingen, ohne daß sich Kausalzusammenhang oder Schuld des Täters darauf erstrecken müssen. Vielmehr tritt, wenn sie vorliegen und der Tatbestand eines Verbrechens gegeben ist, Bestrafung auch dann ein, wenn der Täter in der irrigen Annahme handelte, diese Bedingung sei nicht erfüllt. Eine Bestrafung wegen Ehebruches (§ 172 StGB) macht der Gesetzgeber von der Bedingung abhängig, daß die Ehe wegen dieses Ehebruches geschieden ist. Bei Nichtanzeige drohender Verbrechen (§ 139 StGB) wird die Bestrafung von der Bedingung abhängig gemacht, daß das Verbrechen begangen wurde[6]). Diese Strafandrohungsbedingungen bilden keinen Teil des Tatbestandes im engeren Sinn (sind tatbestandsfremde Bedingungen) und gehören nicht zu den Verbrechenselementen (Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld); sie werden vielmehr erst durch diese beachtlich. Doch sind die Strafdrohungsbedingungen im Falle ihres Erfordernisses den Verbrechenselementen in ihrer Wirkung ebenbürtig. Ihr Fehlen verhindert die Entstehung einer strafbaren Handlung sowie des staatlichen Strafanspruches und führt zum Freispruch des Täters. Da in einem solchen Falle nichts

5) So z. B. Finger.

6) Weitere Beispiele s. §§ 102, 103 StGB die Verbürgung der Gegenseitigkeit; § 186 die Unerweislichkeit der behaupteten Tatsache; § 227 die Tatsache der erfolgten Tötung oder schweren Körperverletzung; §§ 239 ff. KO die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung.

„Strafbares“ begangen wurde, sind Versuch und Teilnahme (wegen der Akzessorietät) nicht strafbar [7]). Ebenso wenig ist in Bezug auf eine solche Handlung strafbare Begünstigung möglich. Die Verhängung der sogenannten objektiven Maßregeln nach § 42 StGB (Einziehung usw.) ist gleichfalls ausgeschlossen. Beling bezeichnet [8]) ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten als „potentielles Verbrechen“, da beim Vorliegen dieser Verbrechensmerkmale eine strafbare Handlung als gegeben zu vermuten ist. Sie genügen auch in den meisten Fällen zum Vorhandensein eines Verbrechens; die objektiven Strafbarkeitsbedingungen spielen ihnen gegenüber nur eine unbedeutende Rolle. Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld bezeichnet man daher auch treffend als die wesentlichen oder ersten Strafbarkeitsbedingungen; denn beim Fehlen nur einer dieser Bedingungen kann überhaupt keine Strafe eintreten. Das Passen und die Anwendbarkeit einer Strafdrohung dagegen bezeichnet man als außerwesentliche oder zweite Strafbarkeitsbedingungen, da sie schon beim Fehlen nur einer wesentlichen Strafbarkeitsbedingung keine Bedeutung mehr erlangen können.

1. Gründe, die den Deliktscharakter ausschließen.

Wie bereits erwähnt, hat das Fehlen einer Strafbarkeitsbedingung zur Folge, daß die Strafbarkeit einer Handlung und deren regelmäßige Folge — die Strafe — nicht zur Entstehung kommt. Aus dieser Erwägung heraus bezeichnet man Gründe, die den Eintritt der Strafbarkeit verhindern, als Strafausschließungsgründe. (Vielfach auch als sachliche Strafausschließungsgründe) [9]). Die Umstände, die das Strafgesetzbuch unter dem Begriff Strafausschließungsgründe zusammenfaßt, sind nicht gleicher Natur. Das Gesetz begnügt sich, die einheitliche Rechtsfolge, die Negierung der Strafe hervorzuheben. Der Lehre fällt es zu, die Gründe ihrer Mannigfaltigkeit zu erkennen und darzustellen. Analog der Einteilung des Verbrechens in Strafbarkeitsbedingungen hat man in der Wissenschaft die Strafausschließungsgründe unterschieden. Den vier wesentlichen Strafbarkeitsbedingungen entsprechen die vier folgenden Strafausschließungsgründe:

I. Handlung	Handlungsausschließungsgründe
II. Tatbestandsmäßigkeit	Tatbestandsmängel
III. Rechtswidrigkeit	Unrechtsausschließungsgründe oder Rechtfertigungsgründe
IV. Schuld	Schuldausschließungsgründe.

Das Verbrechen ist stets äußeres Verhalten, Handlung im weiteren Sinn. Was nicht Handlung ist, interessiert das Strafrecht nicht. Damit nun ein

7) Zwischen „Strafbarkeit“ und „Strafanspruch“ müssen wir streng unterscheiden. Eine Tat ist „strafbar“ heißt nun: Diese Tat ist eine typisch rechtswidrige und schuldhafte Handlung, die nicht durch einen sachlichen Strafausschließungsgrund gedeckt und mit Strafe bedroht ist und demnach einen Strafanspruch erzeugen kann; sie braucht aber deshalb nicht bestraft zu werden. Der Strafanspruch setzt Strafbarkeit voraus, muß ihr indes nicht unbedingt folgen. Der Gesetzgeber zieht aus mancherlei Gründen nicht immer die Konsequenz aus der Strafbarkeit einer Tat.

8) Beling, Lehre vom Verbrechen S. 50.

9) Die Bezeichnung „Ausschließungsgründe“ ist wenig glücklich, weil sie die Meinung aufkommen läßt, als würde bereits Entstandenes durch besondere Gründe nachträglich in Wegfall gebracht werden. Dies ist jedoch nicht der Fall, denn ihr Wesen beruht im Gegensatz zu den Aufhebungsgründen, die Vorhandenes beseitigen, darin, daß das Ausgeschlossene gar nicht zur Entstehung gelangt. Man wird indes auf die einmal in der Literatur und Praxis eingeführte Bezeichnung „Ausschließungsgründe“ nicht verzichten können, ohne Verwirrung anzurichten.

Handlungsausschließungsgrund strafrechtlich zur Wirkung kommen kann, muß zum mindesten eine strafrechtlich beachtliche, scheinbare Handlung vorliegen. Bewegung unter Einfluß unwiderstehlicher Gewalt (vis absoluta), das heißt Körperbewegungen, bei denen eine Person infolge der auf sie wirkenden äußeren Gewalt als willenloses Werkzeug eines anderen tätig wird, scheiden aus jeder strafrechtlichen Haftung aus. Hier kommt nur derjenige, der den Zwang ausübt, als Handelnder in Betracht, der Gezwungene selbst steht in keiner strafrechtlich beachtlichen Beziehung zur Straftat. Anders ist es dagegen in den Fällen der sog. vis compulsiva; hier zwingt die Gewaltanwendung den Genötigten nicht unmittelbar, sondern durch Einwirkung auf seinen Willen, indem der Widerstand gebrochen und die genötigte Person zu einer Handlung veranlaßt wird; z. B. wenn jemand solange geprügelt wird, bis er sich fügt. Für solche Fälle erzwungener Handlung bestimmt § 52 StGB:

> „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben . . . zu der Handlung genötigt worden ist.“

Die herrschende Meinung sieht daher in § 52 StGB einen Handlungsausschließungsgrund.

Verneint der Gesetzgeber eine strafrechtlich relevante Handlung, so braucht das Vorliegen weiterer Deliktselemente überhaupt nicht mehr untersucht zu werden. Ist dagegen eine Handlung als strafrechtlich beachtlich erkannt, so erstreckt sich die weitere Prüfung zunächst auf die Frage, ob sich diese Handlung unter eine Gesetzesnorm subsumieren läßt. Ist dies nicht der Fall, so hat der Täter keine Strafnorm verletzt, es erwächst daher dem Staat aus solchem Handeln auch kein Strafanspruch. Der Gesetzgeber hat solche Taten eben nicht als strafwert angesehen. Trotzdem können sie aber schuldhaft und insbesondere rechtswidrig sein. Sie sind diesfalls nur unerlaubte Handlung im Sinne des BGB.

Aeußerlich rechtswidriges Handeln erklärt der Gesetzgeber in manchen Fällen als rechtsmäßiges, d. h. der Täter hat, bedingt durch besondere Umstände, die Unrechtsausschließungsgründe oder Rechtfertigungsgründe heißen, ein Recht auf solches Tun. In § 53 StGB heißt es z. B.:

> „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war.“

Ein Notwehr-Uebender handelt recht.

Die Frage, ob eine Tat rechtmäßig oder rechtswidrig ist, muß vom Standpunkt der gesamten Rechtsordnung, sowohl des öffentlichen als auch des privaten Rechtes aus, entschieden werden. Auf außerstrafrechtlichem Gebiet sei beispielsweise die Ausübung des Züchtigungsrechtes erwähnt. Gibt der Gesetzgeber dem Täter ein Recht zu handeln, so kann dieses nicht strafbar sein, denn Strafe ist Unrechtsfolge. Gegen eine rechtmäßige Tat gibt es keine Notwehr, da diese nur gegen einen rechtswidrigen Angriff erlaubt ist. Desgleichen ist strafbare Begünstigung einer rechtmäßigen Handlung ausgeschlossen.

Beling[10]) teilt die Gründe, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, ein in: Rechtfertigungsgründe, die die Handlung zu einer rechtmäßigen stempeln, und in schlichte (einfache) Unrechtsausschließungsgründe, denen nicht ein Recht zum Handeln zugrunde liegt, die vielmehr der Handlung die Eigen-

10) Beling, Lehre vom Verbrechen S. 168.

schaft der rechtlichen Irrelevanz verleihen, so daß sie weder erlaubt noch verboten ist. Gegen diese Einteilung wendet sich Mezger[11]), indem er sagt: „Eine Handlung ist im Strafrecht entweder verboten oder nicht verboten und damit entweder Recht oder Unrecht. Ein Zwischengebiet rechtlich gleichgültigen Handelns gibt es nicht. Ein solches Zwischengebiet kann keine strafrechtliche Bedeutung beanspruchen. Deshalb gibt es keinen maßgebenden Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Unrecht einerseits und Unrechtsausschließungsgründen und Rechtfertigungsgründen anderseits. Beide Bezeichnungen werden jeweils synonym gebraucht."

Schuldausschließungsgründe sind in der Person des Täters begründete Umstände, welche das zur Strafbarkeit der Tat erforderliche Verschulden des Handelnden nicht zur Entstehung kommen lassen. Der Satz „ohne Schuld keine Strafe" ist im heutigen Strafrecht (abgesehen vom Finanzstrafrecht) restlos durchgeführt.

Die Rechtswidrigkeit wird durch einen Schuldmangel nicht berührt. Gegen einen tatbestandsmäßigen und auch rechtswidrigen Angriff eines Schuldlosen (z. B. Strafunmündigen) ist daher Notwehr erlaubt. Da der Angreifende aber schuldlos handelt, ist auch dessen Handlung nicht strafbar.

Das durch schuldloses Handeln Erzielte kann nicht eingezogen werden und kann nicht Gegenstand der Hehlerei sein, da der gehehlte Gegenstand mittels einer strafbaren Handlung erlangt sein muß.

Zu den Gründen, die den Vorsatz ausschließen, ist auch der Irrtum (§ 59 StGB) zu rechnen. Der Irrtum bildet die Kehrseite des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit. Er bedeutet die falsche Vorstellung über Dinge oder Ereignisse. Als Kehrseite der Schuld ist jedoch nicht jeder Irrtum strafrechtlich relevant, sondern nur der über Tatumstände, auf welche sich die Schuld erstrecken muß.

Nach der Beling'schen Kategorie der Merkmale des Verbrechens muß die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung weiter einer passenden Strafdrohung unterfallen. Wir können aus oben Gesagtem folgern, daß eine passende Strafdrohung nur dann fehlen kann, wenn die strafgesetzliche Bestimmung nicht sämtliche Schuldformen umfaßt oder wenn das Gesetz noch eine besondere zusätzliche psychische Einstellung des Täters zur Tat verlangt. Ermangelt eine der Bedingungen (entweder, daß die vorgeschriebene Absicht fehlt oder eine nur vorsätzlich ausführbare Handlung fahrlässig begangen wurde), so fehlt es an einer erforderlichen inneren Einstellung des Täters zu seiner Tat. Dennoch darf man das Fehlen einer passenden Strafdrohung nicht mit den Schuldausschließungsgründen verwechseln. Die beim Täter vorhandene Schuld läßt sich lediglich nicht unter den vom Gesetz geforderten Schuldbegriff subsumieren. Insofern zeigen Tatbestandsmangel und Fehlen einer passenden Strafdrohung eine gewisse Aehnlichkeit. Ein Tatbestandsmangel betriff indes einen äußeren Mangel in der Tatbestandsverwirklichung, während das Fehlen einer Strafdrohung einen Mangel in der Schuld bedeutet. Ist dieser Strafdrohungsbedingung nicht genügt, begeht der Täter nichts Strafbares, ein Strafanspruch des Staates ist nicht entstanden.

Dem Fehlen einer objektiven Strafdrohungsbedingung kommt wenig Bedeutung zu, da es allein nur da möglich ist, wo der Gesetzgeber besondere Bedingungen aufgestellt hat und da solche Fälle sich verhältnismäßig nur

11) Mezger, Strafrecht S. 163.

selten im Strafgesetz finden. Wie schon ausgeführt, stehen die Verbrechensbedingungen im engeren Sinne zu den objektiven Strafdrohungsbedingungen in keiner Beziehung. Letztere sind durch das Vorliegen ersterer bedingt. Da sie durch ihre Unabhängigkeit von der Person des Täters die Entstehung einer strafbaren Handlung und eines staatlichen Strafanspruches verhindern, gleichen sie den Tatbestandsmängeln. Eine Handlung, die nur eine erforliche Strafdrohungsbedingung unerfüllt läßt, berührt Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld nicht, so daß ihr gegenüber Notwehr möglich ist; mit Rücksicht darauf, daß die Handlung aber kein Verbrechen oder Vergehen (hier im engeren Sinne) ist, kann das durch sie Erlangte nicht eingezogen werden und nicht Gegenstand der Hehlerei sein.

2. Gründe, die den Deliktscharakter unberührt lassen und nur die Strafe ausschließen.

Regelmäßig wird, wer eine strafbare Handlung begangen hat, dafür bestraft. Indes macht u. a. der § 247 II StGB eine Ausnahme:

> „Der Diebstahl eines Ehegatten zum Nachteil des anderen bleibt straflos."

Der Gesetzgeber spricht hier ausdrücklich von einem Diebstahl, also einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung, die den Strafdrohungsbedingungen genügt. Alle Voraussetzungen der Strafbarkeit sind erfüllt, und doch zieht der Gesetzgeber nicht die regelmäßige Folge. Wir schließen mit Recht, daß für diese Ausnahme Gründe vorliegen müssen, die sich nicht unter obige Strafausschließungsgründe einreihen lassen. Schon aus dem Unterschied der Ausdrucksweise des Gesetzgebers: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden . . ." (s. § 53 StGB) und „Ein Diebstahl . . . bleibt straflos", ziehen manche den Schluß, daß es sich hier um eine besondere Kategorie von Gründen handeln müsse. Wenn auch von einer bloßen Redewendung im allgemeinen noch nicht darauf geschlossen werden kann, daß diese neue Art von Gründen sich inhaltlich so von den sachlichen Strafausschließungsgründen unterscheidet, daß man berechtigt wäre, dafür eine besondere Gruppe zu schaffen, so ist dieser Unterschied immerhin beachtlich. Die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Ausdrucksweise des Gesetzes ermöglicht uns jedenfalls einen Einblick in das Wesen der neu gefundenen Strafausschließungsgründe [12]). Denn lautet das Gesetz: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden", so fehlt es an einem Verbrechensmerkmal; heißt es dagegen: „Eine Tat bleibt straflos", so setzt das voraus, daß eine strafbare Handlung begangen ist, alle Verbrechensmerkmale also erfüllt sind, und nur aus bestimmten Gründen keine Strafe eintritt. Binding bezeichnet daher derartige Sonderfälle als „straflose, strafbare Handlungen". Maßgebend für eine Sondergruppierung dieser Strafausschließungsgründe ist allein der Gedanke des Gesetzgebers, der der Schaffung solcher Regelwidrigkeiten zugrunde liegt. In § 247 II spricht das Gesetz genau wie in § 242 von einem Diebstahl, ohne diesen etwa durch eine besondere Wortwahl wie „Entwendung, Beiseiteschaffung usw." irgendwie zu modifizieren; da darin sonach die Straflosigkeit keineswegs begründet sein kann, muß sie anderweit in der Strafnorm zu suchen sein. Wie später ausgeführt wird, ist der alleinige

12) Wie bereits oben ausgeführt ist der Ausschluß der Strafbarkeit nicht identisch mit Ausschluß der Strafe. Strafbarkeit heißt, wie wir feststellten, daß eine Tat mit Strafe bedroht ist und daher mit Strafe belegt werden kann, während der Ausschluß der Strafe durch die Strafbarkeit das Bestraft-werden-können bedingt ist und lediglich Strafe nicht platzgreifen läßt.

Grund für die Straflosigkeit des Ehegattendiebstahls vielmehr die vom Gesetzgeber deutlich umrissene Stellung des Täters zum Verletzten. Das Gesetz kennt eben in einigen Fällen für bestimmte Personen „Privilegien" der Straflosigkeit[13]). Da aber jede derartige Straflosigkeit höchstpersönlich ist, werden diese Strafausschließungsgründe **Persönliche Strafausschließungsgründe** genannt.

Sauer[14]) reiht die persönlichen Strafausschließungsgründe unter die Schuldausschließungsgründe ein und lehnt ihre Zuteilung zu einer besondern Gruppe ab. Seine Auffassung begründet er an Hand des Ehegattendiebstahls, indem er ausführt, daß dem Täter wegen seiner nahen Verwandtschaft zum Verletzten kein Schuldvorwurf zu machen sei. Dieser Ansicht kann man nicht beistimmen. Der Gesetzgeber bezeichnet eindeutig in § 247 II die Wegnahme einer Sache des anderen Ehegatten zwecks Aneignung durch den einen als Diebstahl und bringt damit zum Ausdruck, daß er die Tat eines Ehegatten gegen den anderen nicht milder beurteilt, wie die gleiche Tat gegen einen beliebigen Dritten. Es kann daher keineswegs von einer präsumierten Schuldlosigkeit die Rede sein. Auch ist nicht im mindesten einzusehen, warum das Ehegattenverhältnis einen Grund abgeben soll, die Schuld zu verneinen und einen Diebstahl nicht als Diebstahl anzusehen, sondern diesen milder zu beurteilen. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Die Ehe, die auf gegenseitiges Vertrauen aufgebaut ist, läßt einen Mißbrauch dieses Vertrauens viel schwerer erscheinen. Es müssen daher schon andere Gründe für den Gesetzgeber bestimmend gewesen sein, trotz Vorliegens einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung von Strafe abzusehen. Aufgabe des Staates ist es, Uebeltätern, die seinen Geboten bewußt zuwiderhandeln, durch Strafen ihre Taten zu vergelten, sie vor weiteren Taten abzuschrecken und zu gesetzmäßigem Leben zu erziehen. Bei dieser Aufgabe hat der Staat mit größter Gerechtigkeit, ohne Rücksicht auf die Person des Täters vorzugehen, wenn er das Vertrauen und die Sicherheit des Volkes in seine Gesetzgebung begründen will. Beim Ehegattendiebstahl (Ehegattenunterschlagung) nimmt nun der Gesetzgeber eine Ungerechtigkeit in Kauf. Maßgebend dafür waren wohl folgende Gründe. Die Ehe ist die Grundlage der Familie, die Familie wiederum die Zelle und Zukunft der Nation. Aus begreiflichem Selbsterhaltungstrieb schützt der Staat daher den Bestand der Ehe. Durch einen Diebstahl zwischen Ehegatten wird regelmäßig das Vertrauen und die Achtung des Bestohlenen in den Dieb stark erschüttert und die Ehe gefährdet. Greift der Staat auch noch mit strenger Gerechtigkeit ein, so wäre eine Verschärfung des getrübten Verhältnisses und in vielen Fällen die Auflösung der Ehe die Folge. Zwei Interessen — der Bestand der Ehe und das Sühneverlangen der Gerechtigkeit — wägt der Gesetzgeber gegeneinander ab. Den Ausschlag gab das Interesse an dem Bestand der Ehe.

Die gleichen Erwägungen waren für den Gesetzgeber bei der Straflos-erklärung des Verwandten-diebstahls (-unterschlagung) bestimmend. In sinngemäßer Anwendung des Familienschutzgedankens liegt es begründet, daß der Gesetzgeber nicht alle Verwandten, sondern nur die der aufsteigenden Linie für straflos erklärt. Diese Verwandtschaftsfolge besteht vorzüglich in der Familie zwischen Eltern und Kindern. Eine Bestrafung der Eltern

13) Beling verwendet in seinen Grundzügen S. 66 die Bezeichnung Privilegium, worunter jedoch nicht ein Recht auf Vornahme solcher Handlung verstanden werden darf, denn auch auf eine Handlung, für die die Bestrafung durch einen Strafausschließungsgrund ausgeschlossen ist, hat niemand ein Recht. Privilegium muß deshalb lediglich als Sonderstellung einer Person gegenüber dem Strafrecht aufgefaßt werden.

14) Sauer, Grundlagen des Strafrechts.

wegen eines Diebstahls am Gut ihrer Kinder würde das Autoritätsverhältnis der Eltern gegenüber ihren Kindern untergraben, das Voraussetzung für den Bestand einer geordneten Familie ist. Der Gesetzgeber machte auch hier wieder zugunsten sozialpolitischer Gesichtspunkte eine Ausnahme von dem Vergeltungsprinzip.

Einen persönlichen Strafausschließungsgrund sieht die herrschende Meinung auch in § 209 StGB:

> „Kartellträger, welche ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern, Sekundanten, Zeugen, Aerzte und Wundärzte sind straflos."

Alle diese Personen unterstützen die Duellanten und sind demzufolge Teilnehmer am strafbaren Zweikampf und wären eigentlich nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu bestrafen. Die Straflosigkeit des Kartelltragens ist besonders geregelt durch § 204 StGB. Straflos sollen demnach nur solche Kartellträger sein, die ernstlich bemüht waren, den Zweikampf zu verhindern. Der Gesetzgeber läßt hier deutlich erkennen, daß er sich einen regen Vermittler wünscht, der ihn in seiner Absicht, den Zweikampf zu verhindern, unterstützt. Um nun einerseits niemand von der Uebernahme der vermittelnden Tätigkeit durch eine Strafdrohung abzuschrecken, anderseits den Vermittler in seinen Bemühungen anzuspornen, verheißt ihm der Gesetzgeber Straffreiheit. Dagegen sind Sekundanten, Zeugen, Aerzte und Wundärzte bedingungslos für straffrei erklärt. Aufgabe der Sekundanten ist es, den Duellanten bei der Austragung des Zweikampfes sichernden Beistand zu leisten und vor allem die Beobachtung der verabredeten oder hergebrachten Kampfregeln auf dem Kampfplatz zu wahren. Ebenso ist die Anwesenheit von Zeugen und besonders von Aerzten beim Zweikampf vom Gesetzgeber „erwünscht". Die Gegenwart eines Arztes bietet die Sicherheit, bei eventuellen Verletzungen gesundheitsgefährdende oder tödliche Folgen durch verspätete, unsachgemäße Behandlung zu vermeiden. Der Gesetzgeber betrachtet diese Beteiligten als „notwendige Uebel", und um ihre Gegenwart möglichst zu erreichen, verzichtet er auf Bestrafung. In § 208 StGB sieht das Gesetz geradezu eine Erhöhung der durch den Zweikampf verwirkten Strafe vor, wenn dieser ohne Sekundanten stattgefunden hat. Diese Strafloserklärung ist nicht — wie das auf den ersten Blick erscheinen mag — eine Ausnahme zugunsten dieser Personen, sondern gerade eine solche zum Schutze der Duellanten. Die Sicherheit und die Erhaltung des Lebens der Duellanten ist dem Gesetzgeber wichtiger als die Bestrafung der Teilnehmer am Zweikampf.

An Hand einiger Fälle des Strafgesetzbuches suchten wir die Natur der persönlichen Strafausschließungsgründe zu erforschen. Dabei kamen wir bisher zu dem Ergebnis, daß diesen folgendes Merkmal gemeinsam ist. Der Täter begeht eine strafbare Handlung — der Ehegatte einen Diebstahl, der Arzt eine Teilnahme am strafbaren Zweikampf — aber der Gesetzgeber erklärt ihn aus Gründen, die außerhalb des Strafrechts und seiner Person liegen — Erhaltung der Ehe, Schutz des Lebens der Duellanten — für straffrei, ohne indes den Erfolg zu billigen. Der Diebstahl unter Ehegatten bleibt ein Verbrechen; der Befehl des Gesetzes: „Du sollst nicht stehlen!" gilt auch für Ehegatten. Der Gesetzgeber wägt zwei Aufgaben: die Pflicht, einerseits ein Verbrechen zu bestrafen, anderseits vordringlichere Belange zu wahren — gegen einander ab und verzichtet lieber auf Strafe, als ein höherwertiges, staatliches Interesse einem minderen zu opfern.

In diesem Zusammenhang interessiert nun auch die Frage, ob der persönliche Strafausschließungsgrund verfahrensrechtlicher oder sachlicher Natur

ist, oder ob er allenfalls beide Eigenschaften in sich vereinigt. Zur Lösung dieser Frage müssen wir von folgenden Erwägungen ausgehen.

Jedes Strafgesetz enthält eine allgemeine Weisung an die Strafverfolgungsbehörde, im Fall einer Zuwiderhandlung die öffentliche Klage zu erheben. (Vergleiche § 152 II StPO.) Hieraus ergibt sich negativ, daß sich die Staatsanwaltschaft überall da der Verfolgung zu enthalten hat, wo das Verhalten eines Menschen nicht mit Strafe bedroht ist (z. B. Fehlen einer Handlung). Diesem allgemeinen Verfolgungsverbot gegenüber kennt das Gesetz eine Reihe besonderer Verfolgungshindernisse, deren Wesen im Gegensatz zu dem allgemeinen Verfolgungsverbot darin besteht, daß der Staat trotz Vorliegens einer strafbaren Handlung aus bestimmten Erwägungen heraus (z. B. Mangel oder rechtzeitige Zurücknahme des Strafantrages bei Antragsdelikten usw.) die Verfolgung verbietet – mit dem Erfolg, daß der Täter nicht bestraft werden kann. Da nun im Falle des Vorliegens eines persönlichen Strafausschließungsgrundes der Täter gleichfalls nicht bestraft werden kann, könnte daran gedacht werden, beiden Gründen gleichen Charakter beizulegen. Wichtig ist die Entscheidung dieser Frage für die Fälle, in denen das Verfahren bis zur Urteilsfällung gediehen ist. Während bei den besonderen Prozeßhindernissen dann nach § 260 StPO auf Einstellung des Verfahrens erkannt werden muß, ist beim materiellen Strafverzicht genau wie bei einem Mangel einer Verbrechensbedingung wegen Fehlens eines staatlichen Strafanspruches freizusprechen.

Die Lösung des Problems, ob die persönlichen Strafausschließungsgründe zu den besonderen Prozeßhindernissen zu rechnen sind oder ob sie Fälle des materiellen Strafverzichtes darstellen, kann selbst aus dem Gesetz hergeleitet werden. Der Gesetzgeber bedient sich in den Fällen, in denen er lediglich die Strafverfolgung verbietet oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, etwa folgender Fassung: „Von der Erhebung der öffentlichen Klage kann abgesehen werden," die Tat „ist nicht zu verfolgen" (vergl. §§ 153 II, 154 I StPO; § 61 StGB). Dem gegenüber drückt er sich in jenen Fällen, in denen er sich von vorneherein einen Strafanspruch versagt, etwa folgendermaßen aus: „Wird nicht bestraft", „bleibt straflos" u. ä. (vergl. §§ 43 II, 173 IV StGB). Besonders auffällig tritt dieser Gegensatz bei Gegenüberstellung des § 43 StGB mit Teil VI, Kap. 1, § 2 der Notverordnung vom 10. VI. 31 R.G.Bl. I, S. 563 ff. in Erscheinung. Nach ersterer Bestimmung ist der Versuch einer Uebertretung nicht strafbar; nach letzterer sind Uebertretungen nur zu verfolgen, wenn es das öffentliche Interesse erfordert. Aus dem Vergleich beider Vorschriften erhellt klar, daß der Gesetzgeber bei versuchten Uebertretungen wegen der in jedem Fall unterstellten Geringfügigkeit von vorneherein auf Strafe verzichtet, wohingegen er bei der Verfolgung vollendeter Uebertretungen lediglich bestimmte verfahrensrechtliche Hemmungen setzt. Ziehen wir nun die Fälle persönlicher Strafausschließungsgründe mit denen besonderer Prozeßhindernisse in Vergleich, so finden wir, daß der Gesetzgeber in aller Regel beim Vorliegen ersterer die Fassung „bleibt straflos" oder „sind straflos" u. ä. wählt. Daraus kann entnommen werden, daß es sich bei den persönlichen Strafausschließungsgründen um Fälle materiellen Strafverzichtes und nicht um besondere Prozeßhindernisse handelt. Es würde eine Vermengung der oben gegenüber gestellten Begriffe des allgemeinen und besonderen Prozeßhindernisses bedeuten, wollte man im Falle des ausschließlichen Vorliegens eines persönlichen Strafausschließungsgrundes das Verfahren durch einstellendes und nicht durch freisprechendes Urteil beschließen.

Zusammenfassend finden wir nun folgende Definition der persönlichen Strafausschließungsgründe:

Persönliche Strafausschließungsgründe sind außerhalb der Person des Täters und des Strafrechts liegende Umstände, die mit Rücksicht auf zur Zeit der Tat bestehende persönliche Verhältnisse und Eigenschaften des Täters einen Strafanspruch des Staates, trotz Vorliegens einer strafbaren Handlung, nicht enstehen lassen.

M. E. Mayer[16]) sieht in den persönlichen Strafausschließungsgründen „in der Person des Täter liegende Umstände, die den Staat veranlassen, sich keinen Strafanspruch zuzugestehen." Unsere Auffassung steht dazu im Gegensatz. Wir stellten an Hand des Ehegattendiebstahls und der Teilnahme am Zweikampf fest, daß den Staat gerade außerhalb der Person des Täters liegende Gründe bewogen haben, sich keinen Strafanspruch zuzugestehen. Nicht weil der Täter ein Kartellträger, Arzt, Ehegatte oder Verwandter ist, sieht der Gesetzgeber von Strafe ab, sondern weil andernfalls höhere Interessen, wie Familie, Leben usw. gefährdet oder verletzt würden.

Mezger[17]) verneint den Begriff des persönlichen Strafausschließungsgrundes im Sinne unserer Definition rundweg. Nach seiner Ansicht sind diese ihrem Wesen nach etwas durchaus Uneinheitliches. Nach ihm können sie nämlich sein:

a) persönliche Beschränkungen des tatbestandsmäßigen Unrechts, wie etwa die Beschränkung des § 88 StGB auf „Deutsche";

b) persönliche Beschränkung des schuldhaften Handelns. Darunter versteht Mezger z. B. den persönlichen Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit in § 3 JGG, den persönlichen Ausschluß der Schuldform beim relevanten Irrtum oder den persönlichen Schuldausschließungsgrund beim Notwehrexzeß nach § 53, Abs. III StGB. Den Ehegatten- und Verwandtendiebstahl, ebenso wie die Begünstigung des § 257 I StGB reiht Mezger unter die persönlichen Schuldausschließungsgründe ein;

c) persönliche Beschränkungen der Geltung des Strafgesetzes. Diese bestanden früher in Ansehung des Deutschen Kaisers, der deutschen Landesherren und Regenten, auf welche das deutsche Strafrecht überhaupt keine Anwendung erfuhr.

Mezger faßt alle im Strafgesetzbuch aufgezählten Fälle, die eine Entstehung des staatlichen Strafanspruches durch eine persönliche Beziehung des Täters zur Tat verhindern, als persönlichen Strafausschließungsgrund zusammen (Jugendlichkeit, Ehegatten- und Verwandteneigenschaft, Ausländereigenschaft des Täters usw.); er gibt diesen dadurch einen ganz anderen Inhalt als die herrschende Meinung und stellt sich mit seiner Einteilung auch in Gegensatz zur Praxis. Aus dieser Ansicht Mezgers heraus können wir verstehen, daß er die persönlichen Strafausschließungsgründe ihrem Wesen nach als etwas Uneinheitliches betrachtet. Die persönlichen Strafausschließungsgründe im Sinne der herrschenden Lehre dagegen bezeichnet Mezger, wie wir das aus verschiedenen Stellen seines Lehrbuches entnehmen können, in aller Regel als Schuldausschließungsgründe[18]). Diese Auffassung können wir aus Gründen, die wir teils sogleich, teils später bringen werden,

16) S. Deutsches Strafgesetzbuch S. 273.

17) Mezger, Lehrbuch, S. 72.

18) Bei einer Erörterung über die mittelbare Täterschaft, Lehrbuch S 431, Nr. 3, sagt Mezger z. B., daß „dem unmittelbar Handelnden auch in den Fällen des persönlichen Strafausschließungsgrundes regelmäßig die Schuld fehlt." An anderer Stelle, Lehrbuch S. 454, findet sich in einer Abhandlung über die Teilnahme ebenfalls die Auffassung, daß die persönlichen Strafausschließungsgründe in der Regel Schuldausschließungsgründe sind.

nicht teilen. Auf Grund unserer systematischen Entwicklung der persönlichen Strafausschließungsgründe aus dem Verbrechensaufbau heraus können wir schon vorwegnehmen, daß die Schuldausschließungsgründe mit den persönlichen Strafausschließungsgründen (wie z. B. Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit) nichts gemein haben. Vielmehr sind die persönlichen Strafausschließungsgründe durch das Vorhandensein der Schuld bedingt; denn liegt ein Schuldausschließungsgrund vor, so fehlt es zur Straftat an einem Verbrechenselement, so daß überhaupt kein Strafanspruch entsteht, auf den der Staat durch einen persönlichen Strafausschließungsgrund verzichten könnte. Das Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes schließt daher jede weitere Prüfung, ob ein persönlicher Strafausschließungsgrund gegeben ist, von vorne herein aus. Erklärt Mezger die persönlichen Strafausschließungsgründe für Schuldausschließungsgründe, so ist z. B. ein Ehegattendiebstahl kein Verbrechen und daran nach den Erfordernissen der Akzessorietät keine strafbare Teilnahme möglich. Dennoch will Mezger den „Teilnehmer" an einer Handlung, bei welcher der Haupttäter durch einen persönlichen Strafausschließungsgrund vor Strafe geschützt ist, nicht straflos ausgehen lassen. Um seine Lehre mit der Akzessorietät der Teilnahme in Einklang zu bringen, nimmt Mezger in einem solchen Falle mittelbare Täterschaft an. Würde aber der Zweittäter ausschließlich mit Teilnehmervorsatz handeln, so sei dieser wegen irrtümlicher Annahme eines Strafeinschränkungsgrundes nur als Teilnehmer zu bestrafen. Darin sieht Mezger keinen Widerspruch mit dem Grundsatz der Akzessorietät, denn der so Bestrafte wäre nicht, wie es dieser Grundsatz fordert, Teilnehmer, er würde nur unter Anwendung allgemeiner strafrechtlicher Schuldgrundsätze wie ein solcher bestraft. Die aus subjektiven Gründen gebotene mindere Strafe bestehe sodann auch im Rahmen des Akzessorietätsgrundsatzes.

B. Abgrenzung des persönlichen Strafausschließungsgrundes von anderen Strafausschließungsgründen.

Von den verschiedenen sachlichen Ausschließungsgründen unterscheiden sich die persönlichen Strafausschließungsgründe schon ihrer Natur nach, da sie die Strafbarkeit einer Handlung unberührt lassen, während erstere der Tat den Verbrechenscharakter nehmen.

1. Ist für eine Tat ein Rechtfertigungsgrund vorhanden, so fehlt es an einem Verbrechensmerkmal, so daß keine strafbare Handlung begangen wird. Der Täter handelt hier recht und ihm gegenüber gibt es keine Notwehr; Teilnahme an seiner Handlung ist ebenso ausgeschlossen wie Hehlerei an den durch sie erlangten Gegenständen. Es bedarf keiner weiteren Erörterung mehr, daß beim Fehlen der Rechtswidrigkeit keine Prüfung der übrigen Bedingungen der Strafbarkeit oder eines persönlichen Strafausschließungsgrundes mehr nötig ist.

2. Schützt den Täter nur ein Schuldausschließungsgrund, so ist ihm seine Handlung nicht zurechenbar. Auch hier fehlt es – wie beim Rechtfertigungsgrund – an einem Verbrechensmerkmal. Gegen eine solche, zwar schuldlose, aber rechtswidrige, Handlung gibt es indes Notwehr. Dagegen ist strafbare Teilnahme daran ebenso ausgeschlossen wie Hehlerei an den durch sie erlangten Gegenständen (aus Gründen der Akzessorietät). Wie bei den Rechtfertigungsgründen entfällt hier jede Strafbarkeit, weshalb das Vorhandensein eines persönlichen Strafausschließungsgrundes außer Betracht bleiben kann.

3. In einigen Fällen hat der Gesetzgeber Strafe nur unter der Voraussetzung des Vorliegens besonderer Schuldmomente (Absicht, Vorsatz) angedroht. Bleibt diese Voraussetzung unerfüllt, so fehlt es an einem Verbrechensmerkmal und trotz Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld entsteht keine strafbare Handlung.

4. Ebenso wie beim Fehlen einer passenden Strafdrohung entfällt auch beim Fehlen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung — z. B. Scheidung der Ehe beim Ehebruch — die Strafbarkeit der Handlung. Wie im Falle 3. gelangt auch hier kein Verbrechen zur Entstehung. Die Folge davon ist der Ausschluß jeder strafbaren Teilnahme an solcher Handlung. Mangel einer objektiven Strafbarkeitsbedingung und persönlicher Strafausschließungsgrund haben gemeinsam, daß in beiden Fällen die Strafbarkeit durch Umstände ausgeschlossen wird, die außerhalb der Person des Täters liegen. Dagegen unterscheiden sie sich wesentlich dadurch, daß die persönlichen Strafausschließungsgründe im Gegensatz zum Mangel der objektiven Strafbarkeitsbedingung die Verbrecheneigenschaft einer Handlung unberührt lassen.

Im Vorausgehenden haben wir unter Ziffer 1—4 bereits einzelne Folgerungen aufgeführt, die sich im Gegensatz zum Vorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen aus dem Mangel eines sachlichen Strafausschließungsgrundes ergeben. Zur Vervollständigung darf hier zusammenfassend darauf hingewiesen werden, daß das Vorliegen eines persönlichen Strafausschließungsgrundes auch die Möglichkeit eines objektiven Strafverfahrens — Einziehung, Unbrauchbarmachung — und der Aufrechnung von gegenseitigen Beleidigungen und Körperverletzungen im Sinne der §§ 199, 233 StGB, sowie die Strafbarkeit der Teilnahme unberührt läßt. Persönliche Straflosigkeit des Vortäters wegen einer Handlung schließt Hehlerei an Gegenständen nicht aus, die dieser durch seine Tat erlangt hatte. Schließist noch zu erwähnen, daß die irrige Annahme von Umständen, welche die Tat rechtfertigen (z. B. Notwehr) den Vorsatz des Irrenden ausschließt, während dies bei der falschen Meinung, die Tat sei entschuldigt oder aus einem anderen Grunde nicht strafbar, nicht der Fall ist.

5. Neben den sachlichen Strafausschließungsgründen sind die persönlichen Strafausschließungsgründe weiterhin wesentlich zu trennen von den sogenannten Strafaufhebungsgründen. Unter letzteren versteht man teils in (z. B. Rücktritt vom Versuch), teils außerhalb (z. B. Amnestie) der Person des Täters liegende Gründe, welche den Staat veranlassen, auf den bereits entstandenen Strafanspruch nachträglich zu verzichten. Der wesentliche Unterschied zwischen ihnen und den persönlichen Strafausschließungsgründen liegt jedoch in dem Zeitpunkt des staatlichen Strafverzichtes. Bei den persönlichen Strafausschließungsgründen liegt dieser bereits bei Entstehung des Verbrechens vor, während er im Falle der Strafaufhebungsgründe erst nachträglich eintritt. Der Verzicht erfolgt dabei entweder vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils — so bei der Verjährung der Strafverfolgung, dem unbenützten Ablauf der Antragsfrist, der Antragszurücknahme, der Abolition, der tätigen Reue und dem Rücktritt vom Versuch — oder nach Eintritt der Rechtskraft — wie bei der Begnadigung, der Verjährung des Strafvollstreckungsanspruches und dem Tod des Verbrechers.

6. Der Vollständigkeit halber sei hier kurz noch der prozessualen Gründe gedacht, aus denen eine Bestrafung des Täters unterbleibt. (Vergleiche die §§ 153, 154 StPO, § 9 JGG). Die Strafbefreiung ist hier durchaus verschieden von den bereits erwähnten Strafausschließungsgründen. Hier sind und bleiben Tat und Täter strafbar. Kein sofortiger noch nachträglicher

Strafverzicht vernichtet den entstandenen Strafanspruch. Es steht lediglich ein, regelmäßig nur für bestimmte Zeit wirkendes Hindernis der Prozeßführung entgegen. Fällt dieses Prozeßhindernis weg, so liegt der Aburteilung nichts im Wege.

Ohne wesentliche praktische Bedeutung ist die in der Literatur zu findende Einteilung in absolute und relative Strafausschließungsgründe [19]). Diese Unterscheidung stellt darauf ab, ob nur für einen Teilausschnitt der Tätigkeit einer Person, oder für deren gesamtes Handeln die Strafe auszuschließen ist. Erblickt man mit Köhler, Allfeld u. a. in der Exterritorialität einen persönlichen Strafausschließungsgrund, so kann der Exterritoriale mit keiner Tat einen Strafanspruch hervorrufen, während ein Ehegatte nur für einen Ehegattendiebstahl straflos bleibt.

C. Die persönlichen Strafausschließungsgründe im einzelnen.

a) Bejahung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes.

1. Die Ehegatten und Aszendenteneigenschaft des Täters beim Diebstahl.

Die Ehegatten- und Aszendenteneigenschaft wird in der Wissenschaft fast ausnahmslos als persönlicher Strafausschließungsgrund anerkannt und konnte deshalb in den vorangehenden Ausführungen unbedenklich hierfür als Beispiel wiederholte Erwähnung finden. Wie bereits hervorgehoben, war für den Gesetzgeber das überwiegende Interesse an der Erhaltung der Familie als Keimzelle des Volkes gegenüber dem Interesse an der Sühne des Unrechts für die Freistellung des Täters von Strafe maßgebend. Mezger reiht den Ehegattendiebstahl in seinen weiten Begriff der persönlichen Strafausschließungsgründe ein, erklärt ihn aber letzten Endes als einen Schuldausschließungsgrund. Es ist indes nicht zu ersehen, wieso der Gesetzgeber die Schuld eines Ehegatten hier geringer erachten soll, wie die eines fernstehenden Dritten. Oder sollte der Gesetzgeber auf dem Standpunkt stehen, daß man es unter Ehegatten wegen der vielgestaltigen, gemeinsamen Lebensbeziehungen mit dem Eigentum des anderen nicht so genau nehmen müßte, daß ein Uebergriff in die fremde Rechtssphäre hier näher liege und deshalb dem Täter hieraus kein Vorwurf gemacht werden könnte? Wohl kaum! Jedenfalls würde man mit Fug und Recht demgegenüber einwenden können, daß der Mißbrauch des gegenseitigen Vertrauens die Schuld des Täters gerade noch erhöht.

Auch positive, aus dem Gesetz selbst zu entnehmende Anhaltspunkte lassen uns erkennen, daß der Gesetzgeber nicht Schuldmangel, sondern andere Erwägungen für die Straflosigkeit des Täters Maß geben ließ. Einmal wird in § 247 III bestimmt, daß der Teilnehmer bestraft wird. Es würde einen Durchbruch des im geltenden Recht streng durchgeführten Grundsatzes der Akzessorietät der Teilnahme bedeuten, wenn hier ausnahmsweise, trotz Fehlens einer strafbaren Tat, eine Beteiligung am äußeren Geschehen mit Strafe geahndet werden wollte.

Weiter spricht auch der Wortlaut der einschlägigen Bestimmung gegen die Annahme eines Schuldausschließungsgrundes. Einerseits bedient sich das Gesetz keiner abschwächenden Ausdrucksform für die Tat des Ehegatten,

19) Siehe Allfeld S. 301.

sondern bezeichnet diese mit dem für die Regel gebrauchten Ausdruck „Diebstahl“, andererseits besagt es in Bezug auf die Handlung nur, daß sie „straflos bleibt“. Gebräche es an einem Verbrechensmerkmal, wie etwa beim Fehlen der Schuld, so wäre es unangebracht, von einem „Diebstahl“ zu reden. In diesem Zusammenhang darf Erwähnung finden, daß es der Gesetzgeber bei Schaffung des neuen Vergehens der Volltrunkenheit (§ 330a StGB) vermieden hat, etwa die herkömmliche Bezeichnung für den äußeren Tatbestand der im Rausch begangenen Handlung mit dem Zusatze „im Rausche“ — also z. B. Totschlag im Rausche, Diebstahl im Rausche — für die Benennung des neuen Deliktes zu verwenden.

Endlich bedürfte es keiner Erwähnung, daß eine Handlung, die schon mangels Vorliegens eines Verbrechensmerkmales keine strafbare ist, straflos bleibt.

Auch im Falle des Verwandtendiebstahls darf man nicht unterstellen, daß der Gesetzgeber keinen Schuldvorwurf gegen den diebischen Aszendenten erheben wollte, oder eine Einwilligung des Deszendenten zur Aneignung seines Gutes stillschweigend voraussetzte. Es besteht kein Grund, hier eine stillschweigende Einwilligung eines Familienmitgliedes allgemein anzunehmen; dies wäre mit den wahren Lebensverhältnissen nicht vereinbar. Auch innerhalb der Familie gilt die Achtung vor fremden Eigentum und das enge Zusammenleben verwischt weder die Grenzen zwischen Mein und Dein, noch mildert es die Schuld des Diebes. Wollte man dies dennoch annehmen, so müßte gleichermaßen, wie beim Ehegattendiebstahl, gegen alle Beteiligte, demnach auch gegen die Deszendenten, diese Nachsicht geübt werden. Gerechterweise hätte der Gesetzgeber die Abkömmlinge dann sogar begünstigen müssen. Denn die Kinder erhalten in aller Regel aus dem elterlichen Vermögen Zuwendungen verschiedenster Art und wissen sich auch als Träger des künftigen Erbes. Der Gedanke, ein gewisses Anrecht auf das Gut der Eltern zu besitzen, liegt daher bei ihnen nahe. Daß sich indes der Gesetzgeber nicht von diesen Erwägungen leiten ließ, beweist die Tatsache, daß er die Straffreiheit nur dem Aszendenten zubilligt. Es war vielmehr das Interesse an der Erhaltung der Familie, was ihn, wie beim Ehegattendiebstahl, zum Verzicht auf Sühne bewog. Bestraft man Eltern wegen Diebstahls am Gute ihrer Kinde, so wird diesen betont zu Bewußtsein gebracht, daß die Eltern ihnen Unrecht getan haben. Das Autoritäts- und Vertrauensverhältnis, die Grundlage eines geordneten, geregelten Familienverhältnisses müßte darunter in besonderem Maße leiden. Um dem vorzubeugen, verzichtet der Staat lieber auf seinen Strafanspruch [20]).

2. Straflosigkeit der Sekundanten, Zeugen, Aerzte und Kartellträger, welche ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern. (§ 209 StGB). Ausgehend von der Erkenntnis, daß die Duellsitte einmal stärker ist als alle gesetzlichen Verbote, betrachtet der Gesetzgeber es als seine Aufgabe, wenigstens zum Schutze von Leib und Leben der Duellanten nach Möglichkeit vorzusorgen. Er ließ alle in seinem Sinne tätigen Gehilfen, die sich um einen möglichst gefahrlosen Verlauf des Zweikampfes bemühen, straflos. Eine Bestrafung hätte auch meist nur die Wirkung, daß der Zweikampf ohne Beihilfe dieser Personen stattfände und damit die Gefahren für Leben und Gesundheit der Duellanten gesteigert würden; denn die Sekundanten und Zeugen haben dafür zu sorgen, daß die Kampfesregeln eingehalten werden und sind verpflichtet, bei Ueberschreitungen einzugreifen. Die Gegenwart eines Arztes auf dem Kampfplatze gibt die

20) Siehe auch die §§ 248a III, 264a IV, 370 5 II.

Sicherheit, daß nicht durch verspätete oder unsachgemäße Behandlung das Leben eines Verletzten gefährdet wird. Von dem Kartellträger schließlich erwartet der Gesetzgeber den ernsten Versuch, den Streit zwischen den Parteien zu schlichten. Davon macht er auch dessen Straflosigkeit abhängig. Beling sieht in der Straffreiheit der Kartellträger einen Strafaufhebungsgrund, da er im Kartelltragen bereits ein vollendetes Delikt erblickt [21]). Die geteilten Ansichten gründen sich auf die verschiedenen Auffassungen von der Tätigkeit eines Kartellträgers. Geht man davon aus, daß der Kartellträger zuerst die Aufforderung zum Zweikampf überbringt und sich dann bemüht diesen zu verhindern, so war mit der Ueberbringung ein vollendetes Verbrechen mit Strafanspruch entstanden; durch das nachträgliche ernstliche Bemühen fiel der bereits erwachsene Strafanspruch wieder weg. Diesfalls haben wir es mit einem Strafaufhebungsgrund zu tun. Nimmt man aber an, daß der Kartellträger sich zunächst bemüht, den Streit zu schlichten (in diesem Zeitpunkt existiert der Kartellträger als solcher eigentlich noch nicht) und erst nach Scheitern seines Versuchs die Forderung überreicht, so liegt der strafbefreiende Grund (das ernstliche Bemühen) in einem Zeitpunkt vor, in dem ein Strafanspruch überhaupt noch nicht gegeben war; erst nachträglich (durch das Ueberreichen der Herausforderung) entstand ein Verbrechen. Auf den hieraus erwachsenden Strafanspruch verzichtet der Gesetzgeber nun aus den oben erwähnten Gründen. Daß in solchem Falle ein persönlicher Strafausschließungsgrund anzunehmen ist, bedarf nach den obigen grundsätzlichen Ausführungen keiner näheren Erörterung mehr. Die Wirkung ist nach beiden Ansichten die gleiche. Doch scheint es, daß der Gesetzgeber sich der letztangeführten Meinung anschloß, denn im Gesetzbuch ist die Straflosigkeit des Kartellträgers zusammen mit der Straflosigkeit der Sekundanten, Zeugen usw., die wir eindeutig als persönliche Strafausschließungsgründe erkannt haben, geregelt und man kann nicht ohne triftigen Grund annehmen, daß der Gesetzgeber wahllos Strafaufhebungs- und Strafausschließungsgründe durcheinander mengt [22]). Für die Zukunft wird der Streit dieser Ansichten wohl an Bedeutung verlieren. Der Hauptfall des Zweikampfes war stets die studentische Mensur. Die studentischen Schlägermensuren fallen gegenwärtig nach Auffassung weiter Kreise — entgegen der überlieferten Stellung des Reichsgerichts — nicht unter den Begriff des strafbaren Zweikampfes im Sinne des geltenden Strafgesetzbuches. Dieser Auffassung tritt das Justizministerium bei mit folgender Begründung: In einer Zeit, in welcher die Erziehung der männlichen Jugend im Geiste der Wehrhaftigkeit mit Nachdruck gefördert wird, besteht kein Interesse mehr an dem Verbot studentischer Mensuren.

3. Die Exterritorialität. Ein weiterer Strafausschließungsgrund findet sich im Gerichtsverfassungsgesetz § 18:

> „Die inländische Gerichtsbarkeit erstreckt sich nicht auf die Chefs und Mitglieder der bei dem Deutschen Reich beglaubigten Missionen."

Beling und besonders auch das Reichsgericht [23]) erklären, daß Exterritorialität lediglich Freiheit vom Gerichtszwang, nicht Freiheit von den Vorschriften des Strafgesetzes bedeute. Nach dieser Ansicht wäre die Exterritorialität nur ein Prozeßhindernis [24]). Und diese Anschauung ist wohl begründet, so-

21) Beling, Grundzüge S. 69, auch Köhler S. 646.
22) So Allfeld S. 362.
23) Beling: Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität S. 172, und RG.-Entscheidungen in Strafsachen Bd. 52/S. 167.
24) So auch Olshausen, M. E. Mayer S. 59; Finger S. 436.

wohl durch den Wortlaut und die Eingliederung dieses Gesetzes in das GVG, als auch durch die Wirkung auf den Prozeß. Stellt sich im Verlaufe des Prozesses die exterritoriale Stellung des Täters heraus, so ist – wie beim Fehlen einer anderen Prozeßvoraussetzung — das Verfahren einzustellen. Erfüllt nach dieser Auffassung ein Exterritorialer einen strafrechtlichen Tatbestand, so begeht er eine strafbare Handlung, aus der ein staatlicher Strafanspruch erwächst, dessen Verfolgung lediglich einem prozessualem Hindernis begegnet. In weiterer Folgerung kommen wir zu dem Ergebnis, daß der Staat sofort seinen Strafanspruch verwirklichen könnte, sobald dieser Hinderungsgrund wegfällt (vorausgesetzt, daß die Strafverfolgung inzwischen nicht verjährt ist.) Allein die Durchführung dieses Ergebnisses verstieße gegen das internationale Gewohnheitsrecht. Verbleibt eine Person nach Verlust ihrer exterritorialen Stellung noch im Inlande, oder kehrt sie später einmal dahin zurück, so darf der Staat die Verfolgung des Strafanspruches nicht aufnehmen. Er kann einen solchen Täter ausweisen, wie das bei jedem Ausländer möglich ist, aber nicht bestrafen. Es ist ohne weiteres klar, daß prozeßrechtliche Gründe allein hiefür nicht ausreichen.

Der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers verbirgt sich hinter dem Wortlaut der Vorschrift des § 18 GVG. Der Staat will dem Gesandten eines fremden Staates nach völkerrechtlichem Brauch die Ausübung seiner Tätigkeit weitestgehend garantieren. Dies kann er am besten, wenn er den Diplomaten nicht nur außerhalb seines Strafrechtes, sondern auch außerhalb seiner übrigen Staatsgewalt stellt. Dies hat er in jeder Beziehung durchgeführt. Es gibt gegen Exterritoriale weder Anklage noch Zeugniszwang, desgleichen keine Beschlagnahme, Durchsuchung oder Verhaftung in ihren oder in sonstigen exterritorialen Räumen; Zustellungen haben nach den Grundsätzen der Zustellung im Ausland zu geschehen. Auch können Exterritoriale nicht zur Zahlung von direkten Steuern herangezogen werden. Der eximierte Diplomat unterliegt ausschließlich dem heimatlichen Strafrecht, und der inländische Staat würde durch Strafmaßnahmen dem Sendestaat in dessen Rechte vorgreifen und dadurch allenfalls unfreundliche Verwicklungen heraufbeschwören. Nicht um der Person eines Gesandten willen macht der Gaststaat eine Ausnahme von dem Territorialitätsprinzip des § 3 StGB. Nur um die Beziehungen der Länder zueinander möglichst reibungslos zu gestalten und nicht zu gefährden, verzichtet der Staat auf seinen Strafanspruch. Er gewährt sonach allein aus Gründen, die außerhalb der Person des Täters und des Strafrechts liegen, dem Rechtsbrecher Straffreiheit. Das ist aber gerade das charakteristische Kennzeichen des persönlichen Strafausschließungsgrundes. Die Exterritorialität ist daher neben ihrer prozessualen auch materiellrechtlicher Natur [25]). Der Doppelcharakter der Exterritorialität würde sich in der Praxis besonders herausstellen, wenn ein, seiner Stellung verlustig gegangener Exterritorialer von den deutschen Strafverfolgungsbehörden in Unkenntnis dieses Umstandes nach Rückkehr ins Inland verfolgt und wegen seiner Tat zur Hauptverhandlung geschritten würde. Da in diesem Zeitpunkt das Prozeßhindernis nicht mehr bestünde, müßte im Hinblick auf die Fortdauer des persönlichen Strafausschließungsgrundes das Verfahren nicht mit Einstellung, sondern mit Freispruch des Täters endigen.

Aus gleicher internationaler Rücksichtnahme entspringt der Verzicht des Staates auf Bestrafung von Verbrechen, welche fremde Monarchen oder Präsidenten ausländischer Republiken in Deutschland begehen. Nicht die

25) So Köhler S. 139; Allfeld S. 91; nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund nehmen an v. Liszt, LB. des deutschen Strafrechts S. 116; Liszt-Schmidt, LB. S. 137.

Person des fremden Staatsoberhauptes an sich veranlaßt den deutschen Staat, dieses nicht zu bestrafen, sondern die mit einer Freiheitsstrafe verbundene Unterbrechung der ausländischen, obersten Staatsgewalt und die sich daran knüpfenden internationalen Folgen. Die Tat einer solchen eximierten Person ist ein Verbrechen, und jeder Teilnehmer, dem diese oder eine andere Exemption (z. B. Exterritorialität) nicht zusteht, wird seiner Teilnahme entsprechend bestraft.

4. Die persönliche Begünstigung Angehöriger. § 257 bestimmt:

> „Begünstigung ist straflos, wenn dieselbe dem Täter oder Teilnehmer von einem Angehörigen gewährt worden ist, um ihn der Bestrafung zu entziehen."

Dieser Bestimmung liegt ein psychologisches Moment zugrunde. Im Falle der Verwandtenbegünstigung widerstreiten beim Helfer zwei sittliche Interessen. Einerseits das Bestreben, zu seinen Angehörigen zu stehen, anderseits die Pflicht, einen Rechtsbrecher nicht der gerechten Strafe zu entziehen. Es war Aufgabe des Gesetzgebers, hier in Würdigung der moralischen Vorstellungen des Volkes, den Wert dieser widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen und allenfalls eine Ausnahme von dem Grundsatz der Sühne jedes Verbrechens eintreten zu lassen. Bei der Behandlung der Verwandtenbegünstigung hat er einen solchen Ausnahmefall geschaffen, indem er durch Freistellung des Täters von Strafe der Erkenntnis Rechnung trug, daß das Vergeltungsbedürfnis des Staates hinter das Bestreben des Betroffenen, die Belange seiner Familie zu schützen, zurücktreten muß.

Bei der sachlichen Begünstigung liegen die Verhältnisse insofern anders, als der Täter hier nicht nur den Strafanspruch des Staates zu vereiteln sucht, sondern sich darüber hinaus auch gegen den durch die Vortat verletzten Dritten wendet. Würde also hier der Staat auf Strafe verzichten, dann würde er nicht nur seinen eigenen Anspruch aufgeben, sondern auch den Geschädigten eines wirksamen Schutzes berauben. Ueberdies wäre hier die Besserstellung des Verwandten auch um dessentwillen nicht angebracht, weil bei der sachlichen Begünstigung die Hilfe vielfach nicht aus idealen, sondern in der Regel aus eigennützigen Beweggründen geleistet wird.

Von den gleichen Gedankengängen wie bei der Strafloserklärung der Verwandtenbegünstigung hat sich der Gesetzgeber auch im Falle des § 9 Spionagegesetz vom 3. Juni 1914 RGBl. S. 195 leiten lassen. Nach dieser Vorschrift werden Personen wegen unterlassener Anzeige des beabsichtigten Spionageverbrechens nicht bestraft, wenn sich die Anzeige gegen einen Angehörigen richten würde.

5. Die Abgeordnetenimmunität. Da die Bestimmung der Reichsverfassung über die Abgeordnetenimmunität trotz ihrer politischen Bedeutungslosigkeit im Dritten Reich formell noch in Geltung ist, soll sie auch hier noch Erwähnung finden.

Die einschlägige Vorschrift der RV Art. 36 lautet:

> „Kein Mitglied des Reichstags oder eines Landtags darf zu irgend einer Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufes getanen Aeußerung gerichtlich oder dienstlich verfolgt werden oder sonst außerhalb der Versammlung zur Verantwortung gezogen werden."

Auf Grund dieser Vorschrift bleibt die verbotene, aber nicht zu ahndende Handlung auch nach Ausscheiden des Abgeordneten aus seinem Beruf straf-

los. Die Strafbefreiung ist hier sonach nicht nur ein vorübergehendes Prozeßhindernis, sondern ein dauernder materieller Ausschluß jeder Sühne. Weil indes die Bestimmung der Reichsverfassung nur den Schutz des Ausdruckes politischer Ueberzeugung und insbesondere den Schutz weitgehendster Kritik des Abgeordneten an öffentlichen Zuständen zum Wohle des Volkes sichern will, erstreckt sie sich nicht auf alle beliebigen Delikte, sondern nur auf solche, bei deren Verübung das höhere Interesse des Volksganzen beim Täter obwaltete. Die Abgeordneteneigenschaft ist niemals ein Freibrief für Gesetzesverletzungen. Nach Freytagh-Loringhoven ist unbedingt daran festzuhalten, daß Art. 36 RV nur Wortdelikte deckt und nicht auch persönliche Streitigkeiten der Abgeordneten untereinander, und es ist unangebracht, diese Bestimmung auf „direkt strafbare Handlungen" auszudehnen. Der Gesetzgeber sieht in dem Strafverzicht noch das kleinere Uebel, verglichen mit den Nachteilen einer Beschränkung der parlamentarischen Redefreiheit. Aus Gründen des Volkswohles, nicht aus Rücksicht auf die Person des Abgeordneten, gewährt der Gesetzgeber diesem einen persönlichen Strafausschließungsgrund. Jeder nicht irgend auch vor Strafe geschützte Beteiligte dagegen ist zu bestrafen. Da der strafbefreiende Grund nicht die Rechtswidrigkeit der Tat berührt, so bedarf es keiner weiteren Begründung dafür, daß gegen diese selbst Notwehr möglich ist. Auch kann der Richter gegen eine im Berufe geäußerte Beleidigung eines Abgeordneten gem. §§ 199, 233 StGB eine Gegenbeleidigung oder leichtere Körperverletzung aufrechnen.

Art. 37 RV gewährt den Abgeordneten das Vorrecht der Unverfolgbarkeit während der Sitzungsperiode. Zur Strafverfolgung ist die Genehmigung des Hauses erforderlich, dem der Abgeordnete angehört. Dies ist ein reines Prozeßhindernis. Mit der Genehmigung, dem Ende der Sitzungsperiode oder im Falle des Verlustes des Mandates kann die Verfolgung des Abgeordneten ungehindert eingeleitet werden. Der Zweck dieser Regelung ist, die ununterbrochene Anwesenheit des Abgeordneten während der Sitzungsperiode zu sichern, damit nicht durch dessen Abwesenheit Störungen im Sitzungsbetriebe entstehen. Nach Wegfall dieses Grundes besteht kein Hindernis mehr, den Täter zu verfolgen.

b) Verneinung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes.

1. Um bei den Bestimmungen der Reichsverfassung zu verweilen, sei hier vorweg auf die Vorschrift des Art. 30 RV eingegangen, welche lautet:

> „Alle diejenigen, welche wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen deutscher gesetzgebender Versammlungen geben oder dazu mitwirken, bleiben von jeder Verantwortung frei."

Von Bedeutung für die Tätigkeit des Reichstages ist selbstverständlich die Oeffentlichkeit seiner Verhandlungen. Es liegt im Wesen einer Volksvertretung, daß sie nicht hinter verschlossenen Türen, sondern öffentlich tagt, damit sich die Wählerschaft über ihr Wirken unterrichten kann. Die RV hat nun mit der genannten Bestimmung dem Umstand Rechnung getragen, daß nur der kleine Teil der Tribünenbesucher sich persönlich von den Verhandlungen überzeugen und das Staatsvolk im allgemeinen die Tätigkeit seiner Vertreter allein aus der Presse lernen könnte. Um die sachliche Berichterstattung, auf die das Volk ein Recht hat, absolut zu sichern, ist es von besonderer Wichtigkeit, daß nur wahrheitsgetreue Berichte von jeder Verant-

wortung frei bleiben. Gibt ein Berichterstatter beleidigende Aeußerungen eines Abgeordneten in seinem Bericht wieder, so würde er sich selbst damit strafbarer Teilnahme an dem Vergehen schuldig machen. Um diese Folge zu vermeiden und den Berichterstatter nicht durch drohende Rechtsfolgen von wahrheitsgemäßer Wiedergabe abzuhalten, gibt ihm der Gesetzgeber ein Recht, objektiv zu berichten. Ist aber dieser jetzt berechtigt zu solchem Tun, so hat der Verletzte dagegen weder ein Klage- noch ein Notwehrrecht. Alle weiteren Hilfspersonen, die am Zustandekommen des Berichtes beteiligt sind (Stenographen, Setzer, Verleger usw.) handeln damit ebenfalls rechtmäßig als Teilnehmer an berechtigtem Tun. Der Art. 30 RV ist ein Rechtfertigungsgrund und ist als solcher auch allgemein in der Literatur anerkannt[26]).

2. Die Strafunmündigkeit von Kindern oder Jugendlichen. Die Meinungsverschiedenheit bezüglich der rechtlichen Natur der Straflosigkeit Minderjähriger bewegt heute noch die Literatur. Die eine Richtung erklärt diese für einen persönlichen Strafausschließungsgrund, die andere indessen für einen Schuldausschließungsgrund[27]). Ein Zweifel kann eigentlich nur hinsichtlich der absoluten Strafunmündigkeit im Sinne des § 2 des Jugendgerichtsgesetzes bestehen:

> „Wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ehe er 14 Jahre alt ist, ist nicht strafbar."

Hier hat das Gesetz die Frage nach der rechtlichen Natur der Straflosigkeit offen gelassen, und man könnte sowohl der Meinung sein, daß dieselbe auf außerhalb des Strafrechts und der Person des Täters liegenden Gründen (z. B. die unbedingte Strafunfähigkeit Jugendlicher), als auch auf Schuldgründen beruht. Dagegen kommt bei der relativen Strafunmündigkeit durch das Gesetz (§ 3 JGG) eindeutig zum Ausdruck, daß hier die Straflosigkeit relativ, d. h. angemessen der Schuld (Einsicht und Willensbestimmbarkeit) des Täters an der Tat gewährt wird.

Beide Ansichten berufen sich in ihrer Beweisführung auf den § 4 JGG, wonach die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen, des Begünstigers und Hehlers durch die Vorschriften der §§ 2 und 3 JGG nicht berührt wird. Dabei betonen die Vertreter des persönlichen Strafausschließungsgrundes, daß die positive Bestimmung des Strafgesetzes — wonach Teilnehmer zu bestrafen sind — den im geltenden Strafrecht allgemein herrschenden Grundsatz der Akzessorietät in diesem besonderen Fall gerade ausdrücklich bestätigt. Demgegenüber erblickt die Gegenseite in § 4 eine Ausnahmebestimmung von dem Prinzip der Akzessorietät, dergestalt, daß hier entgegen der Regel strafbare Teilnahme ohne strafbare Haupttat möglich ist; sie erklärt § 4 für eine überflüssige Bestimmung, sofern der Gesetzgeber einen persönlichen Strafausschließungsgrund im Auge gehabt hätte. Um hier den richtigen Weg zu finden, muß man den Grund für die Straflosigkeit Jugendlicher suchen. Schon im römischen Recht und in der C. C. C. genoß das jugendliche Alter stets eine besondere, milde strafrechtliche Beurteilung, welche auf dem Bewußtsein der minderen Einsicht Jugendlicher in das Gesetzwidrige ihrer Tat beruht. Der gleiche Gedanke lebt heute noch in unseren geltenden Gesetzen in entwickelterer Form weiter. Neben der Einsicht in das Unerlaubte des Verhaltens verlangt der Gesetzgeber noch die Widerstandskraft gegen den Antrieb zum Verbrechen (die sog. Willensbestimmbarkeit). Diese Umstände

26) So Köhler Lehrbuch S. 143; Frank, Anmerkung 3 § 12 StGB; Liszt-Schmidt S. 220; Olshausen; M. E. Mayer S. 299.

27) Einen persönlichen Strafausschließungsgrund nehmen an: Heß S. 416; Köhler S. 329; dagegen einen Schuldausschließungsgrund: Kohlrausch; Mezger S. 283.

sind aber alle wesentliche Bestandteile der Zurechnungsfähigkeit, der Voraussetzung einer strafrechtlichen Schuld. Die mangelnde Vollendung des 14. Lebensjahres bildet eine unwiderlegliche Vermutung für das Fehlen der Schuld. Mit steigendem Alter zwischen 14—18 Jahren wird diese Vermutung widerleglich, d. h. es ist zu prüfen, ob der jugendliche Täter fähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen und seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. Vom 18. Lebensjahre an sieht der Gesetzgeber in einem Menschen eine voll schuldfähige, mit aller Einsicht in Gut und Böse ausgestattete Person, die sich frei entscheidend darnach führen kann.

Im kindlichen Täter selbst, nicht in irgendwelchen äußeren, praktischen Erwägungen liegt demnach die Straflosigkeit Jugendlicher begründet; sie kann daher niemals ein persönlicher Strafausschließungsgrund sein. Wir kämen anders auch zu dem unbefriedigenden Ergebnis, in einem Kinde den gleichen Verbrecher zu sehen wie bei gleicher Tat in einem Erwachsenen. Die Ansicht, daß die Straflosigkeit Unmündiger einen persönlichen Strafausschließungsgrund abgäbe, ist deshalb abzulehnen.

3. Die Straflosigkeit der Blutschande bei Verwandten absteigender Linie bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres. Der Sinn, welcher dieser in § 173 IV niedergelegten Strafbefreiung zu Grunde liegt, ist der gleiche, wie bei § 2 JGG. Ein jugendlicher Täter erfaßt vermöge seiner Unkenntnis nicht die bevölkerungspolitische Bedeutung und die Unverantwortlichkeit seiner Handlung gegenüber eventuellen Nachkommen, so daß ihm für diese Tat jedenfalls keine strafrechtliche Verantwortung beigemessen werden kann. Im Falle des § 173 IV erweitert der Gesetzgeber die absolute Strafunmündigkeit sogar bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, denn es handelt sich hier um Fragen, die erst bei nötiger Reife und höherem Alter auftreten und erfaßt werden können. Sodann steht in der Regel der Jugendliche in einem Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis zum erwachsenen Mittäter, so daß der Gesetzgeber mit der psychischen Zwangslage des Jugendlichen rechnen muß und auch aus diesem Gesichtspunkt zur Verneinung der Schuld kommt. Auch das Reichsgericht[28]) vertritt die Meinung, daß der noch nicht 18 Jahre alte Deszendent ohne eigenes strafrechtliches Verschulden handelt, da er grundsätzlich nur als willenloses Opfer des Teilnehmers anzusehen ist[29]). Teilnehmer an der Tat des Jugendlichen bleiben strafbar, da es Blutschande in mittelbarer Täterschaft nicht gibt, Straflosigkeit des Dritten aber der ratio legis nicht entspricht.

4. Die Retorsion oder Kompensation. Der Richter kann bei sofortiger Erwiderung einer Beleidigung oder leichten Körperverletzung mit einem dieser Delikte durch den Verletzten einen oder beide Teile milder bestrafen oder überhaupt von Strafe absehen. Noch vereinzelt stößt man auf die Auffassung, daß die Bestimmung der §§ 199 und 233 StGB einen persönlichen Strafausschließungsgrund enthält.

Bei unserer Betrachtung müssen wir die Tat des Ersttäters und die des Retorquenten rechtlich verschieden beurteilen. Der Ersttäter beleidigt oder verletzt einen anderen und begeht dadurch eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung, für die vorerst keinerlei Grund der Straflosigkeit gegeben ist. Erst die Erwiderungstat des Verletzten ist bestimmend für die Straflosigkeit des Ersttäters[30]). Man könnte bei oberflächlicher Be-

28) Siehe R. G. Band 19 S. 391.
29) So Frank, Bar; a. M. Olshausen, Finger S. 624, Wachenfeld S. 457.
30 Kohlrausch (in seinen Vorbemerkungen zum Strafgesetzbuch) sieht darin einen Verzicht des Staates auf Strafe und nimmt hier einen persönlichen Strafausschließungsgrund an.

urteilung geneigt sein, hier einen Strafaufhebungsgrund zu vermuten. Bei einem solchen verzichtet bekanntlich der Staat aus einem nachträglich entstandenen Grund auf seinen Strafanspruch. Es ist indes in unserem Falle kein Grund erfindlich, aus dem der Staat plötzlich, bedingt durch die Handlung eines Dritten, auf seinen Strafanspruch verzichten sollte. Es bleibt nur die Lösung, daß der Staat die Strafe des Ersttäters durch die Gegentat des Verletzten als abgegolten ansieht, weil der Gerechtigkeit Genüge getan ist und kein Grund zu weiterer Bestrafung mehr vorliegt. Es findet hier eine Anrechnung auf die verwirkte Strafe statt und zutreffend behandelt Köhler die Kompensation in seinem Lehrbuch unter dem Abschnitt „Anrechnung von Uebeln auf Strafen" (Lehrbuch, S. 630, Abs. II). Eine solche Anrechnung ist im Strafgesetz kein vereinzelt vorkommender Fall. So ist z. B. nach § 60 StGB die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die erkannte Strafe möglich.

Beim Retorquenten dagegen wird die Erregung berücksichtigt, in welcher er handelte und in die er durch die Ersttat geriet. Nach Köhler ist der strafausschließende Umstand beim Retorquenten in der alten Idee der Wiedervergeltung zu finden[31]). Doch war nach den alten Rechten die Wiedervergeltung nicht an eine sofortige Erwiderung gebunden, während die Straflosigkeit des § 199 wie des § 233 ausdrücklich von der Erwiderung auf der Stelle abhängt. Daraus glaubt die herrschende Meinung mit Recht entnehmen zu können, daß der plötzliche Affekt, in den der Täter durch eine Beleidigung oder Körperverletzung geriet, den Gesetzgeber bewog, ausnahmsweise von Strafe abzusehen[32]). Es läge daher am nächsten, hier einen Schuldausschließungsgrund anzunehmen. Wäre dies jedoch der Fall, dann könnte die Erwiderungshandlung vom Gesetzgeber nicht als Beleidigung oder Körperverletzung bezeichnet werden. Die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes ist ebenfalls zu verwerfen, da ein i m Täter begründeter Umstand, nämlich der Affekt, die Straflosigkeit bewirkt.

Es entspricht auch nicht dem Zweck der erwähnten Bestimmungen, hier einen Schuldausschließungsgrund oder einen persönlichen Strafausschließungsgrund anzunehmen. Das Gesetz will lediglich dem Richter das Recht an die Hand geben, nach Lage des Falles die Strafe des Retorquenten zu mildern oder völlig wegfallen zu lassen. Dieser Umstand verleiht aber der Kompensation gerade den Charakter eines Strafmilderungsgrundes.

Selbstverständlich besteht die Möglichkeit, daß beim Ersttäter oder beim Retorquenten ein sachlicher oder ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt, demzufolge der Betreffende von Strafe freizusprechen ist. Beim Vorhandensein eines sachlichen Strafausschließungsgrundes ist Kompensation naturgemäß ausgeschlossen, da hier der Tat keine strafbare Gegentat zur Aufrechnung gegenüber steht. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn dem einen Täter berechtigte Interessen zur Seite stehen. Denn, wer in Wahrung berechtigter Interessen handelt, übt Recht. Hier würde es daher zu einer Aufrechnung an der erforderlichen Gegentat fehlen.

Andes dagegen liegt es im zweiten Falle, sofern zugunsten eines Täters ein persönlicher Strafausschließungsgrund besteht. Hier ist die Strafbarkeit und damit das Vergehen der Beleidigung oder Körperverletzung erhalten; es fällt lediglich die Strafe weg. In diesem Falle liegt auf beiden Seiten strafbare Beleidigung oder Körperverletzung vor, so daß damit der Voraussetzung der Kompensation genügt ist. Als Beispiel sei die im Dienste ver-

31) Köhler, Lehrbuch S. 632.
32) So auch Frank, Kommentar S. 447.

übte Beleidigung eines Abgeordneten erwähnt, die sich als strafloses Vergehen zur Aufrechnung der Gegentat eignet.

5. Rücktritt vom Versuch. Wer bis zum Versuch eines Verbrechens vorgedrungen ist, hat einen oder mehrere Tatbestandsmerkmale dieses Verbrechens erfüllt und erzeugt damit einen staatlichen Strafanspruch. Die Tatsache eines bereits entstandenen Strafanspruches schließt schon von vornherein die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes aus. Erst das Abstehen von weiterem Handeln oder die tätige Abwendung des Erfolges tilgt nachträglich den verwirkten Strafanspruch. Bei diesem Strafverzicht nimmt der Gesetzgeber darauf Rücksicht, daß verständlicherweise die Volksgemeinschaft ein größeres Interesse an der Schadensverhütung hat, als an der Bestrafung des Täters. Nun ist aber vielfach dieser allein noch imstande, das drohende Uebel abzuwenden. Der Gesetzgeber verspricht daher dem Täter Straflosigkeit, um ihn zur Abwendung des schädlichen Erfolges zu bewegen. In dieser Vergünstigung liegt für den Täter ein psychologischer Anreiz, seine Tat abzubrechen und sie nicht bis zur Verletzung des angegriffenen Gutes gedeihen zu lassen. Das Recht baut dem Verbrecher — wie Köhler sagt — eine goldene Brücke zur Umkehr. Nach dem oben Ausgeführten müssen wir die Straflosigkeit des § 46 StGB als Strafaufhebungsgrund anerkennen und gehen dabei mit der herrschenden Meinung einig [33]).

6. § 153 StPO bringt einen weiteren Fall von Straffreiheit:

I. „Uebertretungen werden nicht verfolgt, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht [34]).

II. Ist bei einem Vergehen die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen."

Da § 153 StPO auf die geringe Schuld des Täters abstellt, so kann leicht die Meinung aufkommen, als handle es sich hier um einen Schuldausschließungsgrund. Doch eine Abstufung des Schuldbegriffes in große oder geringe Schuld gibt es im technischen Sinne nicht. Entweder ist ein Täter schuldig (vorsätzlich oder fahrlässig) oder er ist unschuldig. Selbst wenn X dem Y nur 5 Pfennige stiehlt, ist das eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und *schuldhafte* Handlung. Das Vorhandensein der Schuld kann nicht ermessen werden nach der Größe des Objektes; diese liegt allein im Innern des Täters begründet. Der abgestufte Schuldgrad bedeutet hier nur die moralische Wertung der Tat. Diese kann sich lediglich in der Strafzumessung auswirken, nicht jedoch in der Qualifizierung der Tat. Die geringste Schuld im moralischen Sinne ist typische Schuld im technischen Sinne. Das Vorhandensein der Schuld bedingt die Existenz dieses Paragraphen, da andernfalls keine strafbare Handlung vorliegt, auf deren Verfolgung verzichtet werden könnte. Die Annahme eines Schuldausschließungsgrundes in § 153 StPO ist deshalb abzulehnen.

Mit mehr Berechtigung ließe sich schon an einen persönlichen Strafausschließungsgrund denken. Der Täter begeht eine, wenn auch geringe Straftat. Wegen der geringen Schuld und der unbedeutenden Folgen verzichtet der Staat sofort auf den Strafanspruch.

33) So Köhler S. 646; Allfeld S. 200; Finger S. S. 538; M. E. Mayer S. 369.

34) Nun in der Fassung des § 2 Teil 6 Kap. I der VO v. 6. 10. 31 anzuwenden, welche lautet: Uebertretungen werden nur verfolgt, wenn es das öffentliche Interesse erfordert.

Demgegenüber ist aber zu betonen, daß der § 153 StPO lediglich aus rein praktischen prozessualen Erwägungen geschaffen wurde. Bis 1924 galt der Grundsatz der Anklagepflicht auch für Uebertretungen und geringfügige Vergehen. Dies führte zu vielen unnötigen Verfahren, zwecklosen und bisweilen sogar staatsabträglichen Bestrafungen. Wegen Kleinigkeiten kam es zu kostspieligen Zeugenvernehmungen und nutzloser Belastung der Gerichte. Durch § 153 wurde diesem Uebelstand abgeholfen. Geringfügige Uebertretungen werden überhaupt nicht verfolgt (es sei denn, daß ein öffentliches Interesse daran bestände) und bei unbedeutenden Vergehen hat die Staatsanwaltschaft nach dem Opportunitätsprinzip die Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage.

Der gleichen praktischen Erwägung entspringt § 154 StPO. Hier wird von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen, wenn die Strafe, zu der die Verfolgung führen kann, neben einer Strafe, zu der der Täter bereits verurteilt worden ist oder verurteilt werden wird, nicht ins Gewicht fällt. Auch hier ist offensichtlich, daß es sich nicht um einen Strafverzicht handelt, sondern man will einen Prozeß ohne praktischen Wert vermeiden und damit Arbeit und Geld für Ergebnisse sparen, für die keinerlei Interesse besteht. Auch im Jugendgerichtsgesetz § 9 Abs. IV findet sich die nämliche Zweckmäßigkeitsvorschrift wie § 153 StPO:

> „Ist die Tat ein Vergehen oder eine Uebertretung, so kann in besonders leichten Fällen von Strafe abgesehen werden."

7. Die notwendige Teilnahme. Diese liegt vor, wenn ein Deliktsbegriff notwendig die Mitwirkung mehrerer Personen erfordert, wie z. B. Zweikampf, Ehebruch, Aufruhr, Landfriedensbruch, Notzucht, Vornahme unzüchtiger Handlungen, Wucher usw. Bei den hier aufgeführten Beispielen können wir zwei Tätergruppen unterscheiden. Teils machen sich beide bzw. alle (wie beim Ehebruch, Zweikampf, Aufruhr), teils nur ein Beteiligter strafbar, während der andere völlig unerwähnt bleibt (wie bei unzüchtigen Handlungen an Minderjährigen, Wucher). Erklärt das Gesetz bei Delikten mit notwendiger Teilnahme nur einzelne der beteiligten Personen für strafbar und schweigt bezüglich der übrigen, so spricht es damit indirekt die Straflosigkeit der nicht erwähnten notwendig beteiligten Personen aus, selbst wenn diese vorsätzlich daran teilgenommen haben. Beling sieht in der Straffreiheit einzelner notwendig Beteiligten einen persönlichen Strafausschließungsgrund. Er spricht von einer auf bloße Nachsicht und Billigkeit beruhenden Straflosigkeit. Der Ansicht Belings ist in diesem Falle nicht beizutreten. Nach ihr wäre ja der Bewucherte, der geschlechtlich Verletzte, der verbrecherisch in seine eigene Rechtssphäre eingriffe, der nämliche Verbrecher wie der Täter — lediglich ohne Strafe —. Es geht nicht an, den Tatbestand, der einen Personenkreis nur als Tatobjekt kennt, soweit auszudehnen, daß derselbe Personenkreis zum Tatsubjekt wird. Die §§ 174, 177 usw. sind Strafgesetze zum Schutze des passiven Teiles. Gegen solche Schutzgesetze kann nur der aktive, nicht aber der passive Täterkreis verstoßen. Die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes widerspricht sonach der Auffassung des Gesetzgebers, weshalb sie auch mit Recht von der herrschenden Meinung abgelehnt wird.

8. Der Notstand (§ 54 StGB). Große Meinungsverschiedenheit herrscht in der Wissenschaft über die rechtliche Natur des Strafbefreiungsgrundes beim Notstand. Es werden hier die Ansichten vertreten, daß es sich bei ihm um einen persönlichen Strafausschließungsgrund, Schuldausschließungsgrund

oder Rechtfertigungsgrund handelt. Zu dieser Mannigfaltigkeit der Auffassungen gesellt sich noch die Ansicht des Reichsgerichts, das sich in seiner jüngsten Rechtsprechung zum Güterabwägungsprinzip bekennt.

Allgemein abgelehnt wird heute die Lehre, daß der Notstand ein persönlicher Strafausschließungsgrund sei [37]). Diese Lehre, der sich früher auch das Reichsgericht anschloß, geht von einer kasuistischen Beurteilung der Notstandsfälle aus und sucht den strafausschließenden Grund nach dem Rechtsgefühl zu erklären. Es wird hierbei darauf abgestellt, ob ein Teilnehmer bestraft werden soll oder nicht, ob gegen einen Notstandstäter Notwehr gestattet ist oder nicht, und darnach wird dann ein persönlicher Strafausschließungsgrund oder Rechtfertigungsgrund angenommen. Damit ist aber die Frage nach der Natur der Straflosigkeit nicht gelöst.

Erfolgreich kann man das angeschnittene Problem vielmehr nur von der Schuldseite her angehen. In dieser Erkenntnis wurde verschiedentlich versucht, die Straflosigkeit auf eine dem Täter unterschobene Unzurechnungsfähigkeit zu stützen. Man ging von der Auffassung aus, daß die Notlage dem Täter die Willensfreiheit benehme, so daß er nicht schuldhaft zu handeln vermag. Dem ist jedoch entgegen zu halten, daß die Unzurechnungsfähigkeit auf Umstände zurückgeht, welche die innere Freiheit oder das Einsichtsvermögen des Handelnden betreffen, während es beim Notstand gerade äußere Momente sind, die auf den Täter einwirken. Die Notlage raubt dem Gefährdeten nicht die Einsicht und die Willensfähigkeit, sondern nimmt ihm nur die Möglichkeit, im gegebenen Falle anders zu handeln. Sie berührt demnach nicht die geistige Beschaffenheit des Tälers, sondern beugt lediglich seinen Willen unter die Macht des Selbsterhaltungstriebes und wirkt mithin nur auf seine äußere Freiheit. Auf diesem Wege kann daher die angestrebte Lösung von der Seite der Schuld her nicht gefunden werden.

Diese läßt sich vielmehr nur in Anlehnung an den normativen Schuldbegriff erzielen. Im Laufe der Fortentwicklung der Rechtslehre gelangte man zu der Erkenntnis, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit allein noch nicht ausreichen können, dem Täter seine Handlung zum Vorwurf zu machen, sondern daß es, über die psychologische Würdigung des Täters hinausgehend, eines Werturteils bedarf. Diese normative Schuldlehre, die heute als die herrschende bezeichnet werden kann, läßt neben das psychologische das normative Schuldelement treten. Das Wesen des den Schuldvorwurf enthaltenden Werturteils liegt nach Freudenthal [38]) in der Mißbilligung, daß der Täter sich nicht so verhalten hat, wie er sich hätte verhalten sollen und können. Liegen aber die begleitenden Umstände so, daß zur Unterlassung der Straftat ein solches Maß von Widerstandskraft gehört hätte, wie man es normalerweise niemand zumuten kann, so fehlt es mit dem Können am Vorwurf und mit dem mangelnden Vorwurf an der Schuld. Es bedarf also zum Schuldurteil in jedem Falle noch einer Prüfung, ob sich regelmäßig jedermann in der gleichen Lage erfahrungsgemäß so verhalten würde, wie der Täter sich verhalten hat.

Vom normativen Schuldbegriff ausgehend, bereitet es nun keine Schwierigkeit mehr, den Notstand in die Schuldausschließungsgründe einzureihen. Denn, unterliegt der Notstandstäter der überwältigenden Einwirkung der Gefahr, so fehlt es ihm an der Fähigkeit, rechtswidrige Handlungen zu unterlassen; und da sich erfahrungsgemäß in solcher Not jedermann wie der Täter

37) Persönlichen Strafausschließungsgrund nehmen an Binding, Birkmeyer, Finger.
38) Freudenthal: Schuld und Vorwurf, S. 6/7.

verhielte, auch an der Zumutbarkeit, anders zu handeln. Damit entfällt aber in weiterer Folge die Schuld des Täters.

Gegenüber den erwähnten Theorien gewann in jüngster Zeit die Güterabwägungstheorie des Reichsgerichts immer mehr an Boden. Darnach steht, ausgehend vom Gedanken der Abwägung der widerstrebenden Interessen, dem im Notstand Handelnden bald ein Entschuldigungs-, bald ein Rechtfertigungsgrund zur Seite[39]).

a) Rettet der Täter im Notstand ein höherwertiges Rechtsgut auf Kosten eines geringerwertigen, so ist diese Handlung rechtmäßig. Für solche Fälle besteht anerkanntermaßen ein Notrecht (eine Schwangere läßt in Leibes- und Lebensgefahr eine Unterbrechung der Schwangerschaft vornehmen).

b) Verletzt der Täter in Notlage ein höheres Rechtsgut zugunsten eines minderen, so handelt er zwar rechtswidrig, aber entschuldigt.

Die praktischen Folgerungen, die man aus dieser Regelung zu ziehen hat, sind durchaus klar: im Falle des Notrechtes gibt es gegen die Handlung eines Nottäters keine Notwehr. Auf Seiten des Angegriffenen liegen die Voraussetzungen eines Notrechtes nicht vor, so daß für ihn eine Duldungspflicht besteht. Verkennt der Angegriffene indessen die Lage des tatsächlichen Zustandes und ergreift er seinerseits Abwehrmaßnahmen, dann bleibt er nach den Regeln über den Irrtum straflos. Da im Falle des Notrechtes der Bedrohte nur ein geringeres Rechtsgut zu verteidigen hat, kann ihm eine Abwehrbefugnis auch nicht unter dem Gesichtspunkt zugebilligt werden, daß er sich selbst in einer Notlage befinde; denn diese soll ja nur bei Wahrung eines überwiegenden Interesses berechtigend sein.

Aus der unselbständigen Natur der Teilnahme ergibt sich im Falle eines Rechtfertigungsgrundes oder Schuldausschließungsgrundes, daß strafbare Beteiligung an Notstandshandlungen ausgeschlossen ist. Aus der Straflosigkeit dieser Teilnahme erklärt sich allerdings keineswegs die Straffreiheit des Arztes, der, nicht verwandt mit der Schwangeren, notstandshalber an dieser die Schwangerschaft unterbricht. Gemäß § 218 II StGB ist die Tätigkeit des Dritten zu einem selbständigen Verbrechen erhoben. Würde hier § 54 StGB nur einen Entschuldigungsgrund schaffen, so wäre die Erlaubniserteilung der Schwangeren unerheblich, da neben dem Interesse der Mutter das bevölkerungspolitische Interesse an der Erhaltung der Leibesfrucht, über die auch die Mutter nicht frei verfügen kann, eine Rolle spielt. Nur dadurch, daß der Mutter das Recht zur Schwangerschaftsunterbrechung eingeräumt wird, kann man ihrer Einwilligung eine rechtliche Bedeutung für die Zulässigkeit des Eingriffes des Dritten beimessen. Eine strafrechtliche Regelung dieser Verhältnisse enthält allerdings das Gesetz nicht. Diesen Mangel glich daher das Reichsgericht durch seine Rechtsprechung aus, indem es den sogenannten „übergesetzlichen Notstand" schuf. (RG Bd. 61/242.) Kann nur durch die Schwangerschaftsunterbrechung das Leben der Mutter erhalten bleiben, so hat diese ein Recht, die Frucht zu entfernen. Und dieses Recht der Mutter rechtfertigt auch den Arzt, der den Eingriff vornimmt.

9. Die Notwehrüberschreitung. Das Strafgesetzbuch bestimmt in § 53 III:

> „Die Ueberschreitung der Notwehr ist nicht strafbar, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist."

---

39) R. G. 57/268; 60/89; 61/242; ff. vergl. auch Mezger S. 230 ff.

Es besteht hier die weitverbreitete Anschauung, daß diese Bestimmung einen persönlichen Strafausschließungsgrund enthält[40]). Fast ausnahmslos begründen die Vertreter dieser Meinung ihre Lehre mit dem Affekt, in welchem der Bestürzte, der Aengstliche oder der Schreckhafte über die Grenzen der Verteidigung hinausgeht. Damit rühren sie aber schon an das Schuldproblem der Notwehrüberschreitung. Die persönlichen Strafausschließungsgründe stellen ja bekanntlich auf das Vorhandensein gewisser, außerhalb der Person und des Strafrechts liegender Momente ab, während es sich bei Bestürzung, Furcht oder Schrecken um ausgesprochene innere, seelische Momente handelt. Aus mancherlei Bedenken glauben indes die Verteidiger des persönlichen Strafausschließungsgrundes nicht den folgerichtigen Schluß ziehen zu können; teils aus Rechtsgefühlen: es sollen Teilnehmer, bei denen die privilegierenden Affekte nicht gegeben sind, als Teilnehmer bestraft werden; teils aus der Erwägung heraus, daß der Gesetzgeber durch die Auswahl der drei gesetzlichen Fälle aus der Reihe der übrigen schuldausschließenden Umstände die allgemeinen Prinzipien der Schuldlehre ausgeschlossen haben wollte, weshalb „die Bestimmung des § 53, Abs. III nichts mehr als ein plumper persönlicher Strafausschließungsgrund sei“[41]).

Demgegenüber dürfte der legislatorische Gedanke der sein, daß man dem Täter, der in schwerer Notlage handelt, nicht nur eine zur Gefahrabwendung erforderliche Rechtsverletzung, sondern auch ein Vergreifen im wirksamen Mittel nachsehen muß. Die im Täter hervorgerufene Erregung raubt ihm die Fähigkeit, das Maß der Verteidigungsmitel der Heftigkeit des Angriffs anzupassen. Die Schuld entfällt nun aber überall da, wo gegen den Täter nach allgemeiner Erfahrung kein Vorwurf erhoben werden kann. Indem wir so den § 53 III als einen Schuldausschließungsgrund erklären, lehnen wir den persönlichen Strafausschließungsgrund ab.

Wenn der Nottäter das erforderliche Maß der Verteidigung überschreitet, so wird seine vorerst gerechtfertigte Handlung zum Unrecht. Verleiten ihn indes Bestürzung, Furcht oder Schrecken zu diesem Exzeß, so ist seine Tat zwar entschuldigt, bleibt aber dennoch rechtswidrig. Der Angegriffene darf nun seinerseits in rechtmäßiger Notwehr diese Bedrohung zurückweisen.

Kurz sei hier noch zur Notstandsüberschreitung Stellung genommen. Im Strafgesetz wird dieser mit keinem Worte gedacht. Dies ist ein fühlbarer Mangel, da die Ansichten über Strafwürdigkeit und Grenze der Notstandsüberschreitung nicht unerheblich auseinandergehen. Im Anschluß an obige Ausführungen können wir sagen, daß die Notstandsüberschreitung wie die Notwehrüberschreitung ein Schuldproblem ist. Hat der Täter im unverschuldeten Notstand die Grenzen des zur Gefahrabwendung Erforderlichen überschritten, so ist sein Handeln entschuldigt, wenn er unter der überwältigenden Einwirkung der Gefahr gestanden hat.

D. Besprechung einzelner Streitfragen.

Infolge der verschiedenen Ansichten über Wesen und Bedeutung der persönlichen Strafausschließungsgründe kam es zu manchen umstrittenen Fragen sowohl auf materiellrechtlichem als auch auf prozessualem Gebiet, die nachstehend behandelt werden sollen.

---

40) So Köhler, Lehrbuch S. 359; Beling, Grundz. S. 67; v. Hippel, Deutsches Strafrecht S. 213; M. E. Mayer; Strafrecht S. 282; Allfeld, Lehrbuch S. 129 Anm. 38.

41) M. E. Mayer, S. 283.

1. Muß der Täter von dem persönlichen Strafausschließungsgrund Kenntnis haben, damit dieser ihm zugerechnet wird?

Diese Frage ist zu verneinen. Der Vorsatz erfordert die Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestande gehörigen Tatsachen (grundsätzlich alle objektiven Merkmale des Verbrechens) und derjenigen Umstände, von denen die Rechtswidrigkeit der Handlung abhängt. Dagegen braucht der Vorsatz sich nicht auf Erwägungen zu erstrecken, die den Staat veranlassen, sich in einzelnen Fällen keinen Strafanspruch einzuräumen. Dementsprechend ist die irrtümliche Annahme des Vorliegens eines persönlichen Strafausschließungsgrundes strafrechtlich unerheblich, da der Irrtum als Kehrseite des Vorsatzes nur dann beachtlich ist, wenn er sich auf solche Umstände bezieht, auf die sich auch der Vorsatz erstrecken muß.

2. Wirkt ein persönlicher Strafausschließungsgrund zurück auf die Zeit vor seiner Entstehung? (Z. B. A bestiehlt die B und heiratet sie vor der Verurteilung.)

Aus dem Gesetz läßt sich bereits die Frage beantworten. „Ein Diebstahl, der von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos.“ Z. Zt. des Diebstahls bestand ein Eheverhältnis zwischen Dieb und Bestohlenen nicht. A beging daher einen gewöhnlichen Diebstahl, auf den der strafbefreiende Umstand des § 247 II StGB keine Anwendung finden kann. Wollte man dennoch das bestehende Ehegattenverhältnis zum Strafausschluß verwerten, so müßte man diesem die Eigenschaft eines Strafaufhebungsgrundes beilegen. Eine solche Ausdehnung des § 247 II überschritte aber die Grenzen des gesetzlichen Gebotes.

3. Wir forderten eben das Vorliegen des persönlichen Strafausschließungsgrundes zur Zeit der Tat. Daraus ergibt sich eine weitere Frage für den Fall, daß Begehung und Erfolg einer Handlung zeitlich auseinander fallen.

Muß ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Zeit der Begehung oder des Erfolges oder der Begehung und des Erfolges vorliegen?

Diese Frage tritt am klarsten an folgendem Beispiel zutage: Ein Täter wird zwischen einer vorsätzlich begangenen Körperverletzung und dem eingetretenen tödlichen Erfolg exterritorial — oder er verliert diese Eigenschaft.

Im ersteren Falle schützt den Täter zur Zeit der Handlung noch kein persönlicher Strafausschließungsgrund vor Strafe. Da aber der Erfolg in die straffreie Periode der Exterritorialität fällt, könnte man daran denken, den Täter allenfalls nur wegen einfacher Körperverletzung nach § 223 StGB zu bestrafen. Indes, es geht nicht an, Tat und Erfolg zu trennen. Beide bilden vielmehr zusammen ein einheitliches, unteilbares Ganzes. Es ist deshalb die Tat, solange der Tod des Verletzten noch nicht eingetreten ist, ebensowenig nur eine einfache Körperverletzung, wie sie etwa erst mit dem Eintritt des Erfolges eine Körperverletzung mit Todesfolge würde, sondern sie ist bereits zur Zeit der Vornahme der Handlung „Körperverletzung mit Todesfolge“. Diese Auffassung scheint um so mehr zuzutreffen, als § 226 StGB lediglich verlangt, daß der später eintretende Tod verursacht war, daß also — mit anderen Worten — die Wirkungen gesetzt waren, welche nicht hinweggedacht werden können, ohne daß der tödliche Erfolg entfiele. Darnach kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Handlung — das äußere vom Willen des Täters abhängige Geschehen — bereits in dem Zeitpunkt vollendet ist, in dem die Bedingungen für den Tod gesetzt sind. Im Falle des § 226 ist daher die strafbare Handlung bereits dann begangen, wenn die Körperverletzung vollendet ist. Diese Auffassung deckt sich auch damit, daß

der Tod des Verletzten lediglich straferhöhender Umstand, nicht aber Tatbestandsmerkmal des § 226 ist (der Vorsatz darf sich auf den Todeserfolg nicht erstrecken; vergl. § 59 StGB).

Vom materiellrechtlichen Standpunkt aus würde deshalb der Bestrafung des Exterritorialen im gegebenen Falle nichts im Wege stehen. Allein, wie bereits oben erwähnt, ist die Exterritorialität auch verfahrensrechtlicher Natur, insofern sie die Verfolgung des Exterritorialen allgemein verbietet. Aus diesem Gesichtspunkt geht daher der Täter trotz materiellrechtlicher Verantwortlichkeit straffrei aus.

Aehnlich wie in dem Falle des § 226 StGB verhält es sich auch in allen anderen Fällen, in denen das strafbare Verhalten des Täters nicht mit dem Erfolg zeitlich zusammenfällt, die aber nicht Erfolgsdelikte im technischen Sinne sind. Charakterisiert sich somit eine Tat im Zeitpunkt des Fehlens exterritorialer Eigenschaft des Täters erst als Anfang der Ausführung des Verbrechens und wird sie erst nach Erlangung dieser Eigenschaft durch den Täter vollendet, so wird dieser Fall, da ein Verbrechen rechtlich nicht in Versuchs- und Vollendungshandlung aufgeteilt werden kann, sondern beide als Ganzes zu behandeln sind, genau so zu würdigen sein, wie der eben besprochene.

Zurückkommend auf unser Beispiel kann in Anwendung der eben dargelegten Grundsätze der Exterritoriale aus materiellrechtlichen Erwägungen heraus dann nicht bestraft werden, wenn er die Bedingungen zum strafbaren Erfolg zur Zeit seiner exterritorialen Eigenschaft setzt und diese vor Eintritt des Erfolges verliert. Ein Prozeßhindernis würde hier nicht mehr bestehen, da mit dem Verlust der Exterritorialität das Verfolgungshindernis entfällt.

4. Kann man Handlungen, die z. Zt. des Vorliegens eines persönlichen Strafausschließungsgrundes beim Täter von diesem begangen wurden, zur Annahme eines fortgesetzten Verbrechens heranziehen? (Z. B. ein Ehegatte bestiehlt den anderen fortgesetzt und dies auch einmal noch nach Auflösung der Ehe. Kann er wegen fortgesetzten Diebstahls bestraft werden?)

Hier ist zu sagen, daß der Staat ein für allemal auf jeden Strafanspruch verzichtet, der aus Handlungen entstehen könnte, die während der Wirkung des persönlichen Strafausschließungsgrundes begangen werden. Würden nun diese straflosen Handlungen als Teilakte eines fortgesetzten Deliktes gewürdigt und daraus eine Einheitsstrafe gebildet werden, so hätte dies zum Ergebnis, daß die einmal erlassenen Strafen doch verwertet würden. Damit wäre der Zweck des persönlichen Strafausschließungsgrundes umgangen. Die während der Geltung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes verübten Diebstahlsdelikte müssen also unberücksichtigt bleiben. Eine Strafe kann nur für den, nach Wegfall des persönlichen Strafausschließungsgrundes begangenen Rest ausgesprochen werden.

5. Begeht jemand eine falsche Anschuldigung, wenn er bei seiner Anzeige das Vorliegen eines persönlichen Strafausschließungsgrundes verschweigt? (Z. B. A zeigt die B wegen eines Diebstahls an seinem Gute an und verschweigt wissentlich, daß B seine Ehefrau ist.)

> „Wer einen anderen bei einer Behörde . . . wider besseres Wissen einer strafbaren Handlung . . . in der Absicht verdächtigt, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen . . ., wird wegen falscher Anschuldigung bestraft“ [42]).

42) Abs. 1 des § 164 StGB in der Fassung des Gesetzes vom 26. 5. 1933, RGBl. I S. 295 Art. I Ziff. 12.

Das Gesetz verbietet hier objektiv, einen anderen einer strafbaren Handlung zu verdächtigen, d. h. jemandem eine Tat nachzusagen, die dieser in Wirklichkeit nicht begangen hat. Durch seine Strafdrohung warnt der Gesetzgeber vor böswilliger Angeberei und schützt dadurch jedermann vor den Unannehmlichkeiten einer fehlgeleiteten Strafverfolgung und vor Schmälerung seiner Ehre. Bringt A den Diebstahl seiner Ehefrau zur Kenntnis der Behörde, so ist diese Anzeige keineswegs falsch, selbst wenn er den persönlichen Strafausschließungsgrund verschwiege, denn die Tat der Ehefrau ist eine strafbare Handlung, unabhängig davon, daß dieses Diebesdelikt im gegebenen Fall straflos bleibt. A würde sich demnach nicht strafbar machen [43]).

Es wird indes nicht angängig sein, dieses Problem mit den obigen Erwägungen abzuschließen. Wenn auch § 164 StGB besonders die wirksame Bekämpfung des Denunziantentums anstrebt, so bezweckt er noch nicht minder auch den Schutz der Strafverfolgungsbehörde vor Irreleitung und frevelhafter Inanspruchnahme. Die falsche Anschuldigung im Sinne des Strafgesetzes richtet sich ebenso sehr gegen den einzelnen als gegen die Rechtspflege selbst. Diese Annahme findet ihre Stütze in der Neufassung des § 164 StGB, in dem die Absicht durch Verdächtigung unbegründet ein behördliches Verfahren gegen jemanden herbeizuführen, zum weiteren subjektiven Tatbestandsmerkmal erhoben wurde. Eine „strafbare Handlung", wegen deren jemand verdächtigt werden kann, ist also nur dann gegeben, wenn nach der in der Anzeige vorgebrachten Sachdarstellung zu strafrechtlichem Einschreiten Anlaß gegeben ist; wenn also nicht nur objektiv und subjektiv tatbestandsmäßig und rechtswidrig eine Straftat vorliegt, sondern auch in der Person des Bezichtigten alle sonstigen materiellen Voraussetzungen zu seiner Ueberführung erfüllt erscheinen. Der gleichen Meinung ist auch das Reichsgericht, das sich in seiner Entscheidung, Bd. 21, S. 101, hierüber folgendermaßen äußert: „Nach dem Inhalt der Anzeige muß die Tat als eine strafbare, zur Strafverfolgung gegen den Beschuldigten geeignete erscheinen."

Liegt zugunsten eines Täters ein persönlicher Strafausschließungsgrund vor, so eröffnet der Staatsanwalt kein Ermittlungsverfahren; tritt ein solcher erst im Laufe des Verfahrens zutage, so stellt er es wieder ein. Wenn nun jemand in seiner Anzeige einen persönlichen Strafausschließungsgrund unterdrückt, so verschuldet er dadurch ein zweckloses Tätigwerden einer Behörde und macht sich, falls er damit das Verfahren beabsichtigt, wegen falscher Anschuldigung nach § 164 StGB strafbar. Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch die herrschende Lehre [44]).

6. Ist es Pflicht, eine Anzeige von einem drohenden Verbrechen zu erstatten, auch wenn der Täter exterritorial ist? (Vorausgesetzt, daß man wie hier in der Exterritorialität einen persönlichen Strafausschließungsgrund erblickt.)

Der persönliche Strafausschließungsgrund läßt den Verbrechenscharakter einer Tat völlig unberührt. Die Handlung des Hochverrates, Landesverrates usw. ist objektiv wie subjektiv ein Verbrechen, wenngleich der Täter wegen seiner exterritorialen Eigenschaft nicht zur Verantwortung gezogen werden darf. Wer daher von einer solchen geplanten Tat eines Exterritorialen glaubhaft Kenntnis erhält und es unterläßt, hiervon zur rechten Zeit Anzeige zu erstatten, macht sich nach § 139 StGB strafbar.

43) So Eberm. z. § 164, Anm. 7 StGB.; Köhler, Lehrb. S. 288; Wachenfeld, S. 574.
44) So v. Liszt, S. 596; Allfeld, S. 577; Frank zu § 164, I 3; v. Olshausen, zu § 164 Anm. 9b; v. Hippel, Lehrb. S. 326 Anm. 5.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem legislatorischen Zweck des § 139. Der Gesetzgeber sucht durch seine Strafdrohung Mitwissende eines Verbrechens zur rechtzeitigen Anzeige desselben zu bewegen, um so die von diesem drohenden Schäden verhüten zu können. In Verfolg dieses Zieles ist es natürlich gleichgültig, ob der Verbrecher für seine Tat später bestraft werden kann oder nicht.

7. Wie ist zu entscheiden, wenn im Falle einer Idealkonkurrenz hinsichtlich eines Strafgesetzes ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt?

Diese Frage ist von praktischer Bedeutung regelmäßig erst dann, wenn das Verfahren bei Zutagetreten des strafbefreienden Umstandes schon so weit gediehen ist, daß es nur mehr durch Urteil beendet werden kann. Stellt sich nun also erst in der Hauptverhandlung das Vorliegen eines persönlichen Strafausschließungsgrundes heraus, so ist von § 264 StPO. auszugehen. Nach dieser Bestimmung ist Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Es ist dabei klar, daß das äußere Geschehen nur insofern interessiert, als es strafrechtlich beachtlich ist. In soweit sich das Verhalten des Angeklagten als rechtlich irrelevant und daher nicht strafbar erweist, muß und darf sich der Urteilstenor — auf den es allein ankommt (Rechtskraftwirkung, Strafregister usw.) — damit nicht befassen. Wenn deshalb, um ein Beispiel zu gebrauchen, ein Vergehen des Diebstahls in Tateinheit mit einem anderen Vergehen angeklagt wäre und es würde sich am Ende der Hauptverhandlung zeigen, daß der Täter hinsichtlich des ersteren durch § 247 II StGB geschützt ist, so könnte im Urteilstenor — falls der Angeklagte des anderen Deliktes für schuldig befunden würde — nur von diesem die Rede sein. Eine etwaige Freisprechung wegen des Diebstahls wäre daneben unstatthaft.[45])

Daß eine Verurteilung wegen Diebstahls niemals in Betracht kommen könnte, ergibt sich aus den allgemeinen Erwägungen, die wir über den persönlichen Strafausschließungsgrund bereits oben angestellt haben[46]). Nach § 73 StGB. ist im Falle des ideellen Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen die Strafe nur einem Strafgesetz — nämlich dem mit der schwersten Strafdrohung — zu entnehmen. Die Verurteilung erfolgt indes auf Grund sämtlicher übertretener Strafnormen. Dies hat zur Folge, daß der Täter wegen aller von ihm begangenen Delikte verurteilt und nach durchgeführtem Strafvollzug auch bestraft ist. Dieser Umstand kann aber in den Fällen des einfachen, sowohl, wie insbesondere des strafschärfenden Rückfalles von Bedeutung werden; denn die Verurteilung etwa wegen eines in Tateinheit mit einem schwereren Vergehen oder Verbrechen begangenen Diebstahls wirkt latent fort und führt unter den gegebenen sonstigen Voraussetzungen zu der obligatorischen Straferhöhung. Wie bereits erwähnt, will nun aber der Gesetzgeber ein durch einen persönlichen Strafausschließungsgrund qualifiziertes Delikt rechtlich als irrelevant behandeln und für den Täter keinerlei Rechtsnachteile daraus herleiten. Zu solchen könnte aber die Verurteilung des Täters — wie dargelegt — führen. Die Aufnahme eines durch einen persönlichen Strafausschließungsgrund qualifizerten, in Tateinheit mit einem anderen stehenden Deliktes, in den verurteilenden Urteilssatz würde sich daher aus diesem Grunde verbieten.

8. Ist Bgünstigung im Sinne des § 257 StGB. strafbar, wenn der Begünstigte durch einen persönlichen Strafausschließungsgrund vor Strafe geschützt ist?

45) So auch Loewe-Rosenberg § 260 StPO Anm. 7; RG 36/276.
46) S. S. 14.

Die Frage ist verschieden zu beantworten, je nachdem, ob wir sie auf den Fall der persönlichen oder der sachlichen Begünstigung beziehen (Vgl. § 257 I StGB.)

a) Die persönliche Begünstigung. Diese besteht in der Förderung eines Täters mit dem Ziele, ihn der Bestrafung zu entziehen. Schutzobjekt ist hier anerkanntermaßen die staatliche Rechtspflege, die gegen Eingriffe und Hemmungen von Seiten Dritter gesichert werden soll[47]). Liegt auf Seiten des Begünstigten ein persönlicher Strafausschließungsgrund vor, so erwächst dem Staat aus dessen Handlungen kein Strafanspruch. Da in einem solchen Falle die staatliche Rechtspflege überhaupt nicht in Tätigkeit tritt, kann sie auch durch einen Dritten weder gehemmt noch vereitelt werden. Persönliche Begünstigung ist daher bei dieser Sachlage ausgeschlossen[48]).

b) Bei der sachlichen Begünstigung erfolgt die Beistandsleistung in der Absicht, dem Täter oder Teilnehmer die Vorteile seines Verbrechens oder Vergehens zu sichern. Diese richtet sich zwar insofern gleichfalls gegen die staatliche Rechtspflege, als hier durch Hemmungen und Eingriffe die Wiederherstellung des dem Gesetz entsprechenden Zustandes verhindert werden soll. Allein es fehlt ihr im allgemeinen das Moment der Vereitelung der Strafrechtspflege. Es kann daher nicht allein darauf abgestellt werden, ob der Vortäter bestraft werden kann oder nicht; vielmehr muß maßgebend sein, daß der von ihm verursachte Zustand widerrechtlich und daher zu mißbilligen ist. Diesen Zustand sucht der Begünstiger gerade durch seine Tat aufrecht zu erhalten und insofern kann ihn die Tatsache, daß dem Ersttäter ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite steht, nicht auch straflos machen.

9. Kann ein Zeuge sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen, wenn für ihn oder einen Angehörigen ein persönlicher Strafausschließungsgrund besteht?

Die hier einschlägige gesetzliche Bestimmung lautet:

„Jeder Zeuge kann die Auskunft über solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem .... Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde".

Der legislatorische Gedanke des § 55 StPO ist der, zu vermeiden, daß ein Zeuge aus Angst vor Strafe für eine Tat, deren er sich selbst oder einen Angehörigen durch eine wahrheitsgetreue Aussage bezichtigen müßte, vor Gericht mit der Wahrheit zurückhält. Nur bei Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung billigt das Gesetz dem Zeugen ein Recht der Aussageverweigerung zu. Steht indessen dem Zeugen oder dessen Verwandten bezüglich der zu bekennenden Tat ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite, so erwächst dem Staat hieraus kein Strafanspruch und es besteht daher für den Täter keine Gefahr einer Verfolgung. Dem Zeugen obliegt daher in einem solchen Falle die unbeschränkte Aussagepflicht. Die ihm oder seinen Verwandten allenfalls aus der Aussage erwachsenden Unzuträglichkeiten wie Schande, disziplinarische Bestrafung oder sonstige Nachteile muß er dabei auf sich nehmen.

---

47) Dies ist bei der persönlichen Begünstigung nahezu unbestritten, während die Ansichten über das Schutzobjekt der sachlichen Begünstigung geteilt sind.

48) So Frank.

II. Teil.

Der persönliche Strafausschließungsgrund im künftigen deutschen Strafrecht.

Auch dem kommenden deutschen Strafrecht sind wie dem geltenden persönliche Strafausschließungsgründe nicht fremd. Sie bleiben ebenso wie schon bisher mit geringen Ausnahmen dem besonderen Teil des Strafgesetzbuches vorbehalten. Aus diesem Grunde und da bislang erst der Entwurf des allgemeinen Teiles des kommenden Strafgesetzes in seiner endgültigen Fassung vorliegt, werden sich die folgenden Ausführungen im wesentlichen über allgemeine, grundsätzliche Erörterungen der Bedeutung des persönlichen Strafausschließungsgrundes im kommenden Recht nicht hinausbewegen können.

Die persönlichen Strafausschließungsgründe üben nach geltendem Recht ihre Wirkung hauptsächlich in dreifacher Beziehung aus; nämlich auf die Lehre von der Teilnahme, auf die Lehre vom Vorsatz und schließlich auf die Maßregeln der Einziehung und Unbrauchbarmachung.

Bestimmend für das künftige Strafrecht ist der Gedanke, jeden Täter seinem verbrecherischen Willen entsprechend zu bestrafen. Täter im engeren Sinne des Wortes ist nach geltendem Recht nur, wer in eigenhändiger Begehung das Verbrechen vollbringt. Den Mangel, der diesem restriktiven Täterbegriff anhaftet, empfand man schon lange in der Strafrechtspraxis und suchte ihn durch die Einführung des Begriffes der mittelbaren Täterschaft zu beheben. Die Wissenschaft schuf hiermit einen Begriff, den das Reichsgericht durch seine Rechtsprechung praktisch verwertete und der dem Bedürfnis entsprang, alles Unrecht nach Möglichkeit auch zu bestrafen. Mit dieser Auffassung vom restriktiven Täterbegriff, der zu solchen Konstruktionen nötigt, bricht das neue Recht. Wie bereits oben angedeutet, wird künftig jeder, der sich verbrecherisch betätigt, als selbständig verantwortlicher Täter gewürdigt. Damit gelangt der Gesetzgeber im neuen Recht zum extensiven Täterbegriff, nach welchem es sich verbietet, die Bestrafung einer verbrecherischen Tätigkeit von Handlungen und persönlichen Eigenschaften Dritter abhängig zu machen, wie es jetzt noch bei der streng akzessorischen Teilnahme der Fall ist. Der Entwurf sieht diesbezüglich folgende Gesetzesfassung vor:

> „Die Strafdrohung des Gesetzes gilt für den, der schuldhaft die Tat selbst oder durch einen anderen ausführt oder vorsätzlich zu ihr anstiftet oder Hilfe leistet."

Nach der Betrachtungsweise des geltenden Strafrechts bilden die Handlungen des Haupttäters und des Teilnehmers „eine" Tat; die Tätigkeit des Teilnehmers ist lediglich ein Ausschnitt aus dieser. Hauptbestandteil derselben ist die Willensbetätigung des Haupttäters. Als Folge der Akzessorietät ist die Bestrafung eines Teilnehmers daher nur möglich, wenn die Haupttat alle Verbrechensmerkmale — besonders die der Handlung, Rechtswidrigkeit und der Schuld — erfüllt; d. h. wenn eine strafbare Handlung vorliegt, zu

der der Teilnehmer rechtswidrig und schuldhaft eine untergeordnete Bedingung gesetzt hat. Mangelt also der Haupttat ein Verbrechensmerkmal, weil dem Haupttäter ein sachlicher Strafausschließungsgrund — z. B. Rechtswidrigkeit- oder Schuldausschließungsgrund — zur Seite steht, so bewirkt dies, daß eine Handlung ihren strafbaren Charakter verliert und daher auch die Beteiligung eines Dritten rechtlich irrelevant wird. Liegt dagegen zugunsten des Hauptpäters nur ein persönlicher Strafausschließungsgrund vor, so sind dritte Personen, die sich an dem Verbrechen beteiligen, als Anstifter, Gehilfen oder Mittäter strafbar, da die Straflosigkeit allein dem gewährt wird, in dessen Person der strafbefreiende Umstand gegeben ist. In dieser verschiedenen Wirkung auf die Strafbarkeit der Teilnahme beruht heute der wesentlichste, praktische Unterschied zwischen sachlichen und persönlichen Strafausschließungsgründen.

Das kommende Strafrecht wird dem neuen Rechtsgedanken entsprechend von dieser Unterscheidung abgehen. Bezüglich der Mitwirkung besteht das Wesen des extensiven Täterbegriffes in der Verselbständigung der Teilnahme; und daraus ergibt sich zwangsläufig der Wegfall der akzessorischen Natur, die bisher der Teilnahme anhaftete. Die Beteiligung wird zur Eigentat. Wenn somit der Entwurf die Teilnahmehandlung vollkommen selbständig gestellt und mit dem Prinzip der Akzessorietät gebrochen hat, so wird es für die Bestrafung des Teilnehmers gleichgültig sein, ob bezüglich der Haupttat ein sachlicher oder persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt. Vom Standpunkt des Täters und der Teilnahmehandlung aus betrachtet besteht somit in der äußeren Wirkung des Vorliegens eines sachlichen oder persönlichen Strafausschließungsgrundes kein Unterschied.

Ueber die Bedeutung des Irrtums für die Schuld des Täter trifft § 59 StGB Bestimmung. Dabei ist nur solcher Irrtum für die Schuldbemessung relevant, der sich auf das Nichtkennen von Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören, erstreckt. Dagegen ist der Irrtum strafrechtlich unbeachtlich, bei dem sich der Täter darüber täuscht, ob zu seinen Gunsten ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt. (Z. B.: Der Ehemann stiehlt eine fremde Sache, von der er irrigerweise annimmt, diese gehöre seiner Ehefrau.) Wie aus den Berichten der Strafrechtskommission zu entnehmen ist, will der Entwurf von der formalistischen Fassung des § 59 StGB abgehen. Nach § 16 Abs. IV des Entwurfes ist der Irrtum des Täters — seine Tat verstoße nicht gegen ein Gesetz und er tue nicht Unrecht — nur dann beachtlich, wenn er auf einer Einstellung beruht, die mit dem gesunden Volksempfinden über Recht und Unrecht vereinbar ist. Es kommt letzten Endes nicht darauf an, ob eine Handlung gegen eine Strafnorm verstößt, sondern daß sich der Täter bewußt gegen das Wohl der Allgemeinheit vergeht; nicht das formalgesetzwidrige, sondern das im Widerspruch zum Volkswohl tretende Handeln — also eine ethische Verwerflichkeit — wird zukünftig Schuldmaßstab sein.

Ist der Irrtum eines Handelnden dagegen fahrlässig, dann ist der Täter gemäß § 18 Abs. III des neuen Gesetzbuches wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen. Zur Vermeidung unnötiger Ausdehnung der Strafgewalt, wird der Gesetzgeber auch künftig an dem Grundsatz festhalten, fahrlässiges Handeln nur da zu bestrafen, wo dies das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht. Um dadurch beim fahrlässigen Irrtum keine Lücken entstehen zu lassen, hat der Entwurf eine subsidiäre Strafdrohung — die sogenannte Rechtsfahrlässigkeit — für solche Fälle erwogen, in denen die Strafbestimmung

keine ausdrückliche fahrlässige Begehungsform des Deliktes vorgesehen hat. Ursprünglich war zur Klärung der angeschnittenen Frage folgende Gesetzesbestimmung vorgesehen:

> „Nimmt der Täter irrtümlich einen Umstand an, der nach dem Gesetz Straflosigkeit begründet, so begeht er die Tat nicht vorsätzlich."

Der Begriff der Straflosigkeit war hierbei im weitesten Sinne gedacht, umfaßte sonach die sachlichen wie auch die persönlichen Strafausschließungsgründe. In der endgültigen Fassung glaubte man diese Bestimmung missen zu können, da man sich auf den Standpunkt stellte, daß dann, wenn ein Irrtum über Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes oder eines Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, oder sonstigen Strafausschließungsgrundes vorliegt, dem Täter das Bewußtsein, Unrecht zu tun, an sich schon fehle. Die hieraus sich ergebenden Konsequenzen wären dann in den zitierten Bestimmungen der §§ 16 Abs. IV und 18 Abs. III ausreichend geregelt. Diese Auffassung erscheint indes nicht bedenkenfrei; denn der persönliche Strafausschließungsgrund steht in keiner Beziehung zu den begrifflichen Merkmalen des Verbrechens, zu denen vor allem die Rechtswidrigkeit und die Schuldhaftigkeit zählen. Die Freistellung des Täters von Strafe beruht beim persönlichen Strafausschließungsgrund vielmehr auf außerstrafrechtlichem Gebiet. Die Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers und die sich hieran knüpfende Folge — die Strafbefreiung — macht aber eine Tat keineswegs zu einer entschuldbaren oder gar berechtigten, zumal, wenn man von dem materiellen Unrechtsbegriff ausgeht, der dem kommenden Strafrecht zugrunde liegt. Es wird deshalb nicht angängig sein, zu sagen, daß der Irrtum über strafbefreiende Umstände persönlicher Art einem Irrtum über rechtmäßiges Handeln, der allein nach § 16 Abs. IV des Entwurfes entschuldigt, gleichkomme. Die weitere Folge davon aber ist, daß man einer positiven Bestimmung, wie sie ursprünglich ins Auge gefaßt war, nicht wird entraten können.

Der persönliche Strafausschließungsgrund ist nach geltendem Recht schließlich noch für die Frage der Einziehung und Unbrauchbarmachung beachtlich. Nach herrschender Meinung — insbesondere nach der Rechtsprechung — ist die Einziehung dann als Nebenstrafe und nicht als Maßnahme der Sicherung und Besserung anzusehen, wenn die einzuziehende Sache dem Täter selbst oder einem Teilnehmer gehört. Nach §§ 40, 41 des Strafgesetzbuches ist sie nur dann zulässig, wenn ein Verbrechen im weiteren Sinne, also eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Tat vorliegt. Da der persönliche Strafausschließungsgrund die Strafbarkeit der Handlung an sich bestehen läßt, so ist bei seinem Vorliegen die Einziehung und Unbrauchbarmachung für zulässig zu erachten. Nach dem Entwurf sind Einziehung und Unbrauchbarmachung in allen Fällen des Charakters einer Nebenstrafe entkleidet; sie erscheinen ausschließlich als Maßnahmen der Sicherung und Besserung. Der persönliche Strafausschließungsgrund wird demnach im neuen Recht gegenüber dem sachlichen auch bei der Frage der Einziehung keine Sonderstellung mehr einehmen.

Manche strittigen Fragen — darunter auch einige, die in dieser Arbeit aufgegriffen wurden — finden durch das kommende Recht ihre Erledigung.

Bestritten ist heute noch die Frage, ob die Notwehrüberschreitung zu den persönlichen Strafausschließungsgründen, oder zu den Schuldausschließungs-

gründen zu rechnen sei. Der Entwurf sieht in § 26 Abs. III diesbezüglich folgende Fassung vor:

> „Wer die der Notwehrhandlung gezogenen Grenzen überschreitet, ist strafbar. Die Strafe kann jedoch gemildert werden; in besonderen Fällen kann das Gericht von Strafe absehen."

Im Gegensatz zum geltenden Strafrecht, demzufolge Bestürzung, Furcht oder Schrecken die Notwehrüberschreitung straflos macht, wird das kommende Recht feigen oder schreckhaften Menschen nicht mehr so wohlwollend begegnen wie bislang. Es wird auch mit dem Uebelstand aufräumen, daß einerseits nur Bestürzung, Furcht oder Schrecken des Angegriffenen als strafbefreiende Gründe angesehen werden, andererseits aber schon einer dieser Gründe schlechthin Straffreiheit bedingt. In Zukunft sollen nicht mehr diese drei Sonderfälle allein für die Straflosigkeit Maß geben, sondern alle Gründe, die nach gesundem Volksempfinden die übermäßige Verteidigung menschlich verständlich erscheinen lassen. Zu denken wäre hierbei zum Beispiel an jene Fälle, in denen sich der Täter infolge Aufreizung durch den Gegner zu einer Ueberschreitung der Notwehrgrenzen hat hinreißen lassen. Es muß hier in der Hand des Richters liegen, nach Lage des Falles unter Berücksichtigung der persönlichen Eigenschaften des Täters, der Stärke des Angriffes usw. über den Umfang der Strafwürdigkeit eines Exzesses zu entscheiden und darnach die Strafe gegebenenfalls bis zur Straflosigkeit zu mindern. Einer solchen Regelung dieser Materie wird auch die Praxis nicht mehr diese Zurückhaltung entgegen bringen, die sie gegenüber den geltenden Vorschriften übte. Dem Willensstrafrecht wird es ferner völlig entsprechen, wenn die strafmindernden Umstände nur dem allein angerechnet werden, welchem sie zukommen. Um Mitwirkende, denen sie mangeln, nicht straflos ausgehen zu lassen, wird es beim Exzeß auch nicht mehr nötig sein, den bisherigen Umweg über mittelbare Täterschaft oder persönlichen Strafausschließungsgrund einzuschlagen.

Die bisher noch in verschiedenen, teils bürgerlichrechtlichen, teils strafrechtlichen Bestimmungen verstreute Notstandsmaterie sucht das kommende Recht in § 27 des Entwurfes einheitlich zusammenzufassen. Diese Bestimmung lautet folgendermaßen:

> „Wer in Notstand handelt, wird nicht bestraft. In Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn nicht von ihm oder dem anderen nach gesundem Volksempfinden erwartet werden muß, daß er den Schaden duldet."

Im Gegensatz zur Qualifikation der Notwehrhandlung als „rechtes Handeln" begnügt sich der Entwurf bei der Notstandshandlung mit der Feststellung, daß der Notstandstäter „nicht bestraft wird." Diese Verschiedenheit im Ausdruck läßt den Gedanken aufkommen, daß dem Notstandstäter gegenüber dem Notwehrtäter eine mindere Stellung eingeräumt wird. Allein im Hinblick darauf, daß der persönliche Strafausschließungsgrund dem sachlichen im großen und ganzen gleichgestellt ist, kommt auch der Wahl des Ausdruckes mehr gesetzestechnische Bedeutung zu. Diese Fassung wurde einerseits aus der Erwägung heraus gewählt, daß hiervon sowohl die Fälle umfaßt werden, in denen dem Notstandstäter ein positives, bislang etwa auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage beruhendes Recht zur Seite steht, wie auch

die Fälle, in denen der Gesetzgeber dem Notstandstäter etwa wegen Geringfügigkeit des verteidigten und angegriffenen Gutes gewissermaßen uninteressiert gegenüber steht oder ihm verzeihen will. Andererseits deckt sich das Wesen des Notstands jedenfalls insoweit nicht mit dem der Notwehr, als der Notwehrübende bei Abwesenheit eines anderweitigen staatlichen Schutzes als Hüter der Allgemeinheit auftritt, während der Notstandstäter in aller Regel nur persönliche Interessen verfolgt.

Der Grundsatz der Güterabwägung hat entgegen der bisherigen Regelung nach der Neufassung des Notstandsbegriffes nur mehr insofern Geltung, als er sich — und das wird wohl für die Regel der Fälle so sein — mit dem Maßstab des gesunden Volksempfindens deckt. Damit verliert das Güterabwägungsprinzip seinen formalistischen Charakter, der alle Schutzwerte in Preisklassen einzuordnen versucht und jeder übergeordneten Klasse ein Vorrecht über eine untergeordnete einräumt. Der neue Maßstab der Bewertung ist variabel und geeignet, entsprechend der Lage des Falles abzuwägen. In dieser Form werden bisher positiv überhaupt noch nicht geregelte Fälle erfaßt wie beispielsweise die Einwirkung auf den Körper eines Unbeteiligten zur Rettung wertvoller Sachgüter.

Für den Fall des Notstandsexzesses, der dann vorliegt, wenn eine Gefahr auf weniger schädigende Weise abzuwenden gewesen wäre, ist im Entwurf eine gesetzliche Regelung vorgesehen; und damit wird eine fühlbare Lücke im geltenden Recht geschlossen werden. Die hier einschlägige Vorschrift lautet:

> „Wer die der Notwehrhandlung gezogenen Grenzen überschreitet, ist strafbar. Die Strafe kann jedoch gemildert werden; in besonderen Ausnahmefällen kann das Gericht von Strafe absehen."

Durch diese gesetzliche Bestimmung wird auch der Streit, ob der Notstandsexzeß als persönlicher oder sachlicher Strafausschließungsgrund zu betrachten ist, ein Ende bereitet. Schon durch den Gleichlaut der Gesetzesfassungen über Notwehr- und Notstandsexzeß bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß er in beiden Fällen den Exzeß als Strafminderungsgrund gleich einschätzt. Analog muß dann auch für den Notstandsexzeß gelten, daß für die Strafbemessung das gesunde Volksempfinden Maßstab ist. Der Richter hat ebenfalls nach Lage des Falles unter Prüfung besonderer Umstände die Möglichkeit, die Strafe gegebenenfalls bis zur Straffreiheit herabzusetzen. Dabei ist es selbstverständlich, daß bei Mehrtäterschaft nur demjenigen Täter strafmindernde Umstände zugerechnet werden dürfen, bei dem diese vorliegen. Es darf unterstellt werden, daß das Volksempfinden im einzelnen Fall bei der Frage, ob Notwehr- oder Notstandsexzeß entschuldbar erscheint, in ersterer Beziehung an den Täter höhere Anforderungen stellen wird als in letzterer, da ein Täter im Falle eines rechtswidrigen Angriffes weniger Rücksicht auf den Angreifer wird üben müssen, als dann, wenn er, gleichsam von sich aus tätig werdend, zum Schutze eigener Rechtsgüter fremde verletzt.

Wiederholt wurde schon darauf hingewiesen, daß im kommenden Recht von einem praktischen Unterschied zwischen sachlichem und persönlichem Strafausschließungsgrund kaum mehr die Rede sein kann; lediglich der schon bisher bestehende theoretische Unterschied wird erhalten bleiben. Um dessentwillen erscheint eine Veranlassung zu einer besonderen Herausstellung des einen oder anderen nicht mehr geboten. Solange aber noch ein Gesetz oder die Rechtsordnung überhaupt die Worte „nicht strafbar" und „straflos" in

verschiedenem Sinne verwendet und somit eine interne Unterscheidung trifft. ist es geboten, die begriffliche Trennung von sachlichen und persönlichen Strafausschließungsgründen anzuerkennen. Dies gilt auch für das künftige Recht.

Ueberdies hat der Entwurf für den besonderen Teil des neuen Strafgesetzbuches verschiedene Fälle persönlicher Strafausschließungsgründe vorgesehen. So wird in das kommende Recht der Ehegatten- und Verwandtendiebstahl — wenn auch mit einiger Abänderung — doch grundsätzlich übernommen. Die Straflosigkeit der Verwandten aufsteigender Linie soll erweitert werden auf alle Angehörigen; dagegen aber beschränkt werden auf häusliche Gemeinschaft und hier wiederum auf Entwendung von Sachen geringen Wertes. Auf den Bestand häuslicher Gemeinschaft wird auch die Strafbarkeit des Ehegatten abgestellt werden. Weiterhin hat der Entwurf die Uebernahme des „Betruges gegen Angehörige“ vorgeschlagen und dieser soll als persönlicher Strafausschließungsgrund ausgestaltet werden. Die Frage, welche Regelung der Zweikampf und in diesem Zusammenhang die Teilnahme am Zweikampf künftighin findet oder ob dieser überhaupt nicht in das Strafgesetzbuch aufgenommen wird — was voraussichtlich der Fall sein wird — ist noch nicht endgültig geklärt.

Wenn auch dem Aufbau des neuen Rechtes entsprechend der persönliche Strafausschließungsgrund künftig nur mehr eine untergeordnete Rolle spielen wird, muß er dennoch erhalten bleiben, um den stets vorhandenen Fällen gerecht zu werden, in denen das Interesse an der Bestrafung eines Täters gegenüber bestimmten Staatsinteressen zurücktritt.